Université d'Aix-Marseille — Faculté de Droit d'Aix

L'HISTOIRE ET LE PROBLÈME ACTUEL DES ACTIONS PRÉVENTIVES EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue

PAR

JAZEM DRAIBY

Lauréat de la Faculté

IMP. F. CHAUVET

20, Rue de l'Opéra - Aix-en-Provence

— 1945 —

L'Histoire et le Problème Actuel des Actions Préventives en Droit Français

UNIVERSITE D'AIX-MARSEILLE

FACULTE DE DROIT D'AIX

Personnel

MM. RAYNAUD, ✻. O. I., Doyen honoraire, Professeur d'Economie Politique.

DUMAS, O. I, Professeur d'Histoire Générale de Droit Français.

BRY, ✻, O. I. ⚜ Professeur du Droit Romain.

CREMIEU, ✻. O. I, Professeur de Droit Civil.

LEBRET, O. I. ⚜, Professeur de Droit Criminel.

AUDINET, ✻, O. I. ⚜ Professeur de Droit Civil.

JAUFFRET, O. I. Professeur de Droit Commercial.

DURAND O. I. Professeur de Droit Administratif.

TROTABAS, O. I., ⚜, Professeur de Droit Constitutionnel.

P. de GEOUFFRE de la PRADELLE, O. I. Professeur de Droit International Public.

KAYSER, Professeur de Droit Civil

MACQUERON, Professeur sans chaire.

STEFANI, O. A. Professeur à la Faculté de Strasbourg, Chargé de cours à la Faculté de Droit d'Aix.

MARCY, Professeur d'Economie Politique.

REUTER, ⚜, Professeur de Droit Colonial.

CHARLIER, Professeur de Droit Constitutionnel.

BERTRAND, Agrégé.

Mlle LOBIN, Chargée de Cours.

Professeurs honoraires

MM. AULAGNON, ✻. O. I. Professeur à la Faculté de Droit de Lyon.

LABORDE-LACOSTE, ✻, O. I. Professeur à la Faculté de Droit de Bordeaux.

PERROUD, ✻. O. I.. Professeur à la Faculté de Droit de Lyon.

RIPERT, ✻, O. I., Ancien Doyen de la Faculté de Droit de Paris.

Secrétaire : M. DELAPORTE, O. I.

L'Université et la Faculté n'entendent donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Université d'Aix-Marseille — Faculté de Droit d'Aix

L'HISTOIRE ET LE PROBLÈME ACTUEL DES ACTIONS PRÉVENTIVES EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue

PAR

JAZEM DRAIBY

Lauréat de la Faculté

IMP. F. CHAUVET

20, Rue de l'Opéra - Aix-en-Provence

— 1945 —

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

INTRODUCTION

La procédure civile a toujours été considérée comme une matière fort difficile et fastidieuse à étudier. Les étudiants ne l'aiment guère et son étude à la Faculté est languissante. " C'est une croyance bien enracinée chez les étudiants que son étude se distingue par son aridité. N'étaient les exigences des diplômes, elle risquerait d'être délaissée par la plupart de ceux qui ne se destinent pas à faire carrière dans l'enceinte ou les alentours du Palais ". (1)

C'est sans doute pourquoi, lorsqu'on jette un coup d'œil, à la Faculté de Droit, dans les catalogues des thèses pour le doctorat, on s'aperçoit que les thèses en procédure civile sont relativement rares. Si on choisit cette matière, c'est plutôt pour se consacrer à l'étude de la procédure romaine ou féodale. Quand la procédure actuelle a l'honneur d'être élue, ce n'est que pour se voir commenter sur certaines réformes législatives ou pour être l'objet d'une étude purement formaliste.

Pourtant, la procédure civile mérite plus d'attention que celle qu'on lui accorde. Elle est le complément nécessaire du droit civil que nous aimons tant étudier. Sans elle nos droits personnels et réels n'auraient aucune garantie. La justice serait mal rendue et la sécurité cesserait dans la vie sociale. La vie économique elle-même se trouverait compromise. C'est parce que nous reconnaissons à la procédure civile ce double rôle économique et social, parce qu'elle est le chemin de la justice et la base de la confiance dans les tran-

(1) M. H. Vizioz, *Observations sur l'Etude de la Procédure Civile*, 1ère partie, p. 7.

sactions, que nous la choisissons pour matière de notre sujet de thèse.

Notre sujet présente d'ailleurs, en lui-même, un intérêt de premier plan. Il porte sur les actions en justice. Or les actions constituent une des matières les plus importantes du droit judiciaire (1). C'est au moyen des actions qu'on exerce ses droits, que la justice est mise en mouvement. Les actions *préventives* semblent avoir un but plus élevé encore. Elles tendent à empêcher la violation d'un droit ou la réalisation d'un dommage. Ne vaut-il pas mieux prévenir que guérir ? Les actions préventives apparaissent ainsi comme le but idéal vers lequel l'action en justice doit tendre. La justice doit être aussi bien préventive que repressive. Pourquoi devrait-elle attendre que le mal soit commis pour frapper ensuite, alors que très souvent il peut être évité ?

Mais s'il est vrai que notre sujet de thèse présente un intérêt manifeste, il n'est pas moins vrai qu'il pose un problème fort difficile. Les actions préventives existent-elles dans notre droit ? Si oui, en vertu de quel principe ? Enfin, dans quelles limites doivent-elles être enfermées ? Autant de questions qui, dans le silence presque complet des textes et l'incertitude qui règne dans la doctrine et la jurisprudence, augmentent les difficultés d'une matière déjà épineuse par elle-même.

En effet, le Code civil et le Code de procédure ne contiennent sur les actions en justice que des dispositions éparses et incomplètes. En vain y chercherait-on quels sont les principes fondamentaux qui régissent les actions. Nos Codes sont muets et il semble que ce silence soit volontaire. Les rédacteurs ont pensé que les principes qui régissent les actions constituent plutôt des notions doctrinales que des prescriptions législatives. Pour résoudre les questions relatives aux actions, il faudrait donc se référer à la doctrine et à la jurisprudence.

---

(1) Cette matière constitue " la *transition* entre le droit civil et la pure procédure ", a pu dire M. Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, p. 29

Mais la doctrine néglige les questions de procédure. Elle n'envisage généralement celles-ci que sous un angle purement formaliste et se désintéresse presque complètement des questions de fond. C'est ainsi qu'aucune étude approfondie n'est faite sur la théorie de la *juridiction* ou sur celle de l'*instance* La théorie de l'*action*, la seule qui paraisse inspirer à la doctrine quelque intérêt, n'est étudiée que superficiellement, et encore d'une façon incidente à celle de la *compétence*. Ajoutons à cela l'insuffisance de monographies doctrinales consacrées à la procédure et nous pouvons conclure que ce n'est pas sans peine que nous trouverons dans la doctrine les éléments nécessaires à notre discussion.

Quant à la jurisprudence, elle a sans doute le mérite d'appliquer dans la pratique les notions théoriques fondamentales que le législateur a omis de consacrer dans nos Codes. La Cour de Cassation avait même proposé aux rédacteurs une théorie préliminaire au Code de procédure (1). Mais la jurisprudence n'a pas souvent l'occasion de se prononcer sur les questions qui nous intéressent particulièrement. De plus, si on considère son œuvre, on a l'impression nette qu'elle agit d'une façon plutôt inconsciente que réfléchie. Des incertitudes et des contradictions apparaissent ainsi dans ses arrêts. Cela se manifeste notamment à propos de l'action et de l'intérêt nécessaire pour agir.

Devant cet état de choses, nous sommes en droit de dire que notre sujet de thèse pose un problème fort difficile à résoudre. Cependant, à vaincre sans péril on triomphe sans gloire et, si au bout de cette thèse notre lecteur pense que nous n'avons pas pleinement réussi dans notre tâche, nous aurons au moins eu le mérite d'avoir abordé un problème jusqu'à présent laissé dans l'ombre. Nous espérons surtout avoir préparé le chemin à ceux qui, plus tard, voudront s'occuper à nouveau de notre sujet.

---

(1) Cf. *Observations préliminaires de la Cour de Cassation sur le projet de Code de Procédure Civile*, S. 1809. I. I.

En fait, on s'est déjà occupé des actions préventives. Un ouvrage de M. Ch. Gignoux a ce sujet pour titre. Mais l'auteur n'envisage le problème que sous l'angle de notre droit positif. Il se borne à consulter la jurisprudence en matière d'actions préventives et à faire certains commentaires pratiques. On ne constate chez lui aucun essai théorique pour justifier ou infirmer ces actions. Notre but sera, au contraire, de bien insister sur ce point en dégageant, dans une partie spéciale, les principes qui régissent les actions en général.

Notre thèse sera divisée en quatre chapitres.

Le premier chapitre sera consacré à un *historique des actions préventives*. Nous y verrons que les actions préventives existaient déjà depuis les temps les plus reculés. Nous en dégagerons la conclusion que le principe d'une justice préventive n'est pas moins naturel que celui d'une justice répressive ou réparatrice.

Le chapitre deuxième traitera *des actions préventives en droit positif français*. Nous y constaterons que des nombreux textes prévoient ces actions. Nous en verrons les applications faites par la jurisprudence et nous nous demanderons si les cas prévus par ces textes sont des cas exeptionnels, ou au contraire des applications d'un principe général.

Dans le chapitre troisième, intitulé *Le problème des actions préventives devant la théorie générale de l'action en justice*, nous nous efforcerons, en dégageant les principes fondamentaux qui régissent les actions, de répondre à la question posée à la fin du chapitre précédent. Nous aurons ainsi à traiter de la nature et du fondement des actions ainsi que de leurs conditions.

Enfin, dans un chapitre quatrième et dernier, nous verrons quelle est *la limite des actions préventives*. Nous y aurons à traiter de certaines questions discutées dans la pratique, notamment des actions interrogatoires, des actions provocatoires et déclaratoires, de l'inscription de faux principal et des enquêtes et expertises à futur.

CHAPITRE PREMIER

Historique des Actions Préventives

Le souci d'une justice préventive existait déjà en Droit Romain ainsi que dans l'ancien Droit Français. Ce chapitre se divisera donc naturellement en deux sections.

SECTION I.

Le Droit Romain

Il n'est pas bien difficile de découvrir en Droit Romain des actions préventives. Ce qui est difficile, c'est de donner des précisions. Il règne, en effet, beaucoup de points obscurs dans les institutions juridiques romaines. Les conjectures sont encore plus nombreuses lorsqu'il s'agit de certaines actions spéciales, comme celles ayant un caractère préventif. Mais nous n'avons pas ici la prétention de faire une étude de précision. Nous voulons seulement, à titre d'historique, constater que même dans les législations les plus anciennes le souci d'une justice préventive a existé. Or sur ce point nous pouvons dire que le Droit Romain a été plus complet que le Droit Français. Le législateur romain n'a pas craint les tracasseries vexatoires et s'est efforcé de prévenir aussi bien que de réprimer. C'est ce que nous allons voir dans les deux paragraphes suivants.

§ 1. — L'Ancien Droit et le Droit Classique

Dès son origine même, le Droit Romain a prévu les actions préventives. C'est ainsi que les XII Tables consacrent quelques actions ayant ce caractère. Ces actions sont : l'*actio aquae pluviae arcendae* et l'*actio damni infecti*. A ces voies de droit on peut ajouter encore la *novi operis nuntiato* ainsi que les actions confessoire et négatoire.

1. — L'ACTIO AQUAE PLUVIAE ARCENDAE était accordée au propriétaire d'un fonds inférieur (1) contre le propriétaire d'un fonds supérieur qui aurait effectué des travaux susceptibles de modifier d'une manière préjudiciable le cours de l'eau qui s'écoule sur le fonds inférieur. Elle était, en somme, destinée à prévenir tout préjudice que le fonds inférieur pourrait souffrir à la suite d'un excès d'eau, dès lors que cet excès résulterait de travaux exécutés de main d'homme sur le fonds supérieur.

Au moyen de cette action le demandeur s'adressait à un magistrat, lequel l'envoyait devant un judex. Le juge invitait alors le défendeur à restituer les lieux dans l'état antérieur. Si au bout d'un certain temps le défendeur n'avait pas obtempéré à l'ordre du juge, celui-ci le condamnait à payer une indemnité pour le dommage futur.

Notre action n'avait pour objet que le *damnum futurum*. Pour le dommage antérieur à la *litis contestatio*, s'il y avait lieu, le demandeur devait agir par une autre voie. Cela montre bien que l'action *aquae pluviae arcendae* était une action essentiellement préventive. Elle aboutissait à un jugement alternatif : restituer les lieux dans l'état antérieur, ou bien se voir condamner pour le dommage éventuel. Mais ce que visait surtout le juge c'était la première alternative.

---

(1) Et sans doute aussi au propriétaire d'un fonds supérieur contre le propriétaire du fonds inférieur qui aurait effectué sur son fonds des travaux susceptibles de retenir chez son voisin les eaux qu'il doit recevoir chez lui d'après leurs cours naturels.

Certes, ni le juge ni le préteur ne pouvaient, en matière civile, contraindre directement le défendeur à faire quelque chose, mais ils y arrivaient indirectement en envoyant le demandeur en possession provisoire du fonds voisin pour rétablir lui-même les lieux dans l'état antérieur. Si le défendeur refusait de rembourser le montant des frais, le préteur attribuait au demandeur la possession *ad usucapionem*. Le propriétaire récalcitrant courait ainsi le risque de perdre sa propriété. Aussi, généralement, il cédait.

Dans l'ancien droit et le droit classique, l'*actio aquae pluviae arcendae* ne s'appliquait qu'au domaine rural, en matière d'eau pluviale et seulement lorsque la modification préjudiciable du cours de celle-ci était la conséquence du fait de l'homme. En droit impérial son domaine fut considérablement étendu. Le droit justinien l'accordait aussi bien pour l'eau de pluie que pour l'eau des fleuves et des torrents, aussi bien pour les travaux de main d'homme que pour le fait de la nature, aussi bien pour les dommages résultant de de l'excès d'eau que pour son insuffisance.

II. — Une autre action préventive est celle accordée en Droit Romain en raison d'un *damnum infectum*, c'est-à-dire d'un dommage non encore réalisé mais simplement possible. Cette action, c'est LA LEGIS ACTIO DAMNI INFECTI. Elle avait le même objet (1) que l'action *aquae pluviae arcendae* : elle tendait à *opus restituere*, c'est-à-dire à mettre une maison ou un terrain dans un état tel qu'on n'ait pas à redouter le dommage qui menace actuellement le voisin.

Lorsque le défendeur refusait d'*opus restituere*, l'arbitre estimait l'importance du préjudice que le demandeur était exposé à subir et condamnait le défendeur à payer une somme équivalente au demandeur. Mais sans doute ici encore, comme pour l'*actio aquae pluviae arcendae*, le préteur s'efforçait avant tout d'obtenir la restitution des lieux dans l'état

(1) Cf. Ed. Cuq, *Les Inst. Juridiques des Romains*, t. I, p. 355.

antérieur par le procédé de l'envoi en possession *ex primo vel ex secundo decreto.*

C'est à peu près tout ce que l'on sait sur cette vieille action de la loi. Pour ses cas d'application ainsi que pour sa procédure, on entre dans le domaine des conjectures. Elle semble d'abord avoir été créée par le législateur en vue du dommage résultant de l'effondrement d'une maison. Le fait était de nature à se produire assez souvent à cette époque. Par la suite elle se serait étendue à d'autres cas, notamment en matière rurale, pour les arbres et les travaux de terrassement.

Relativement à sa procédure, l'*actio damni infecti* a donné lieu à de vives controverses (1). D'après Wlassak, elle aurait compris deux phases : l'une extrajudiciaire, l'autre devant le magistrat. Cuq et d'autres auteurs font remarquer que l'imminence du danger que cette action tendait à éviter ne permettait pas toujours de la porter devant le magistrat. Elle serait donc, d'après eux, exclusivement extrajudicaire.

II BIS. — A côté de la *legis actio damni infecti*, le préteur a créé plus tard (2) un moyen de protection résultant de LA CAUTIO DAMNI INFECTI. Celle-ci était accordée à une personne pour la protéger contre le dommage éventuel pouvant provenir d'un édifice qui menace ruine, ou de tout travail dangereux.

Cette promesse pouvait être demandée par le propriétaire de l'héritage menacé, ou par tous ceux qui avaient intérêt, contre tout propriétaire de l'édifice menaçant ruine, ou contre l'auteur des travaux dangereux. Sans doute elle était souvent exercée par plusieurs voisins menacés à la fois.

---

(1) Cf. Ed. Cuq, *op. cit.*, t. *I*, p. 356, note 2.

(2) On ne sait pas au juste à quelle date la *cautio damni infecti* est apparue. On la situe vers 49-42 av. J.-C., date d'apparition probable de la *Lex Rubria*, qui en parle pour la première fois. Peut-être a-t-elle été créée par le préteur pérégrin en vue de la substituer à la *legis actio damni infecti* dont l'exercice était interdit aux *pérégrini*.

Comme condition d'exercice de la *cautio damni infecti*, il fallait un *damnum futurum*. La menace effective du dommage n'était pas nécessaire : la seule crainte suffisait (1). D'ailleurs, on n'était même pas tenu de justifier de cette crainte. Cela s'expliquerait par le fait qu'on était en présence d'une situation exigeant célérité ; on devait seulement jurer qu'on n'agissait pas par esprit de chicane.

En ce qui concerne la procédure, la *cautio damni infecti* comprenait deux phases : l'une extrajudiciaire, l'autre devant le magistrat. La première consistait dans une sommation faite par le demandeur au voisin d'avoir à réparer la maison, à suspendre les travaux, ou à fournir caution. Si le voisin refusait la promesse, le demandeur s'adressait au magistrat, lequel pouvait recourir à la *missio ex primo vel ex secundo decreto* (au cas d'édifice menaçant ruine), ou à *l'interdiction de continuer les travaux* (au cas de travaux dangereux).

La *cautio damni infecti* obligeait non seulement le promettant, mais encore ses héritiers. De même, elle profitait non seulement au stipulant, mais aussi à ses ayants droits à titre universel.

Enfin lorsque le dommage pour lequel la caution était prévue se réalisait dans le délai prévu, le promettant devait indemniser le stipulant. Celui-ci agissait par l'action *ex stipulatu*. L'indemnité devait comprendre le dommage occasionné ainsi que le profit manqué. C'est ce qu'on entendait par la *quanti interest*.

III. — LA NOVI OPERIS NUNTIATIO (2). C'était un moyen fort

---

(1) Cf. Pietro Bonfante, *Corso di Diritto Romano*, vol. 2, p. 339

(2) Tous les auteurs ne sont pas d'accord sur l'origine, civile ou prétorienne, de la *novi operis nuntiatio*, mais en général on la considère comme une action de la loi, donc d'origine civile. Voir dans ce sens P. Bonfante, *op. cit.*, vol. 2, p. 370-371 ; Ed. Cuq, *Les Institutions Juridiques des Romains*, t. I, p. 516, note 5.

énergique et sommaire d'arrêter l'exécution des ouvrages qui paraissaient être de nature à porter atteinte aux droits des propriétaires voisins. Elle avait lieu, ou pour éviter le dommage dont on était menacé, ou pour le maintien d'un droit propre au dénonçant, exercice du *jus prohibendi* du titulaire d'une servitude.

La *novi operis nuntiatio* tient de la *cautio damni infecti* en ce qu'elle est un moyen de protection contre un dommage futur, non contre un dommage consommé ; et des actions négatoires, en ce qu'elle tend à prévenir des atteintes analogues à celles que les actions négatoires ont pour objet de réprimer.

Mais ce moyen diffère des uns et des autres par les formes qui lui sont propres. Ainsi la *novi operis nuntiatio* ne suppose nullement la présence d'un officier public, d'un magistrat : c'est un acte purement privé. Le dénonçant se transportait sur les lieux et, soit par de simples paroles, soit en jetant une pierre sur le terrain de l'innovateur, s'opposait à la continuation du nouvel œuvre.

Pour exercer la *novi operis nuntiatio* il fallait un *opus novum*, c'est-à-dire une œuvre qui altérât la physionomie primitive des lieux, telle une construction ou une démolition. La restauration d'un édifice préexistant ne la justifiait pas. De plus, il ne fallait pas que l'ouvrage fût terminé ; on devait agir dès le commencement des travaux (1).

La dénonciation ainsi faite était de plein droit suspensive des travaux commencés et cela quand même on la prétendait mal fondée. Les Romains pensaient sans doute que le respect de la justice ne devait pas seulement consister à observer l'ordre du juge, mais aussi à ne pas placer celui-ci, au

(1) Certains auteurs sont d'avis qu'on pouvait agir même avant le commencement des travaux, dès que l'intention de construire était certaine. Dans ce sens, P. Bonfante, *op. cit.*, vol. 2, p. 375.

moment où il rendra sa décision, en présence d'un fait accompli.

Si donc, au mépris de la *nuntiatio*, le voisin continuait le nouvel œuvre, un interdit restitutoire donnait au dénonçant les moyens de faire détruire tout ce qui avait été fait depuis la dénonciation. Ce n'est qu'après avoir rétabli les choses dans l'état où elles étaient lors de la dénonciation, que l'auteur des travaux était recevable à justifier devant le juge du droit qu'il avait de les faire exécuter.

Le dénoncé avait donc intérêt à faire lever l'opposition. Il pouvait obtenir de continuer les travaux en offrant caution, ou bien en faisant juger que la dénonciation avait été faite à tort. Dans ces cas, un interdit prohibitoire le protégeait contre toute voie de fait de la part du dénonçant.

Mais comment l'affaire était-elle portée devant le magistrat? Le dénonçant n'avait pas intérêt à être diligent, car la suspension des travaux obtenue extrajudiciairement lui suffisait. D'autre part, le dénoncé n'avait pas intérêt non plus à sortir de son rôle de défendeur. Les Romains ont résolu ce problème par la *remissio* de la *novi operis nuntiatio* au dénoncé. Les conditions et la procédure de cette *remissio* sont mal connues. On sait seulement que si au bout d'un certain temps le dénonçant n'avait pas prouvé le bienfondé de ses prétentions, le prêteur permettait au dénoncé d'obtenir le retrait de l'interdiction.

IV. LES ACTIONS CONFESSORIA ET NEGATORIA. Grâce à ces deux actions, l'intéressé, lorsqu'il était en possession d'une servitude, n'avait pas besoin d'attendre une éviction ou même un trouble pour agir en justice (1). Cette double action pouvait, en effet, être exercée pour écarter un simple trouble

(1) Cf. Gaslonde, *De l'utilité de l'action confessoire et de l'action négatoire pour le possesseur...* Rev. Etr. et Fçaise. de Légis., de Jurisp. et d'Econom. Politique, 7ème année, p. 545 et 560.

dont on était menacé dans l'avenir. Elles constituaient donc un moyen préventif sûr.

L'action confessoire était donnée contre toute personne qui, par des actes ou des paroles (1), mettait en doute l'existence d'une servitude. Puisqu'il suffisait de simples prétentions verbales, il semble qu'elle pouvait être intentée contre quiconque se vantait d'avoir une propriété libre et franche de toute servitude. C'était à celui qui l'exerçait à faire la preuve de l'existence de celle-ci. Dans pareil cas, le juge invitait le défendeur à souffrir l'exercice de la servitude et à promettre sous caution de ne pas la troubler dans l'avenir.

L'action confessoire aboutissait très souvent à la restitution de la possession lorsque le demandeur en avait été dépossédé. Mais elle était aussi utile, comme nous l'avons vu, à celui qui avait la *juris possessio*, mais qui redoutait de se voir contester son droit. Il pouvait alors agir pour le faire reconnaître.

L'action négatoire était accordée à tout propriétaire pour nier un droit de servitude dont il était simplement menacé. Elle pouvait être exercée contre quiconque prétend à une servitude sur sa chose ou fait un acte qui suppose cette prétention. Ici encore, la prétention pouvait se manifester d'une manière quelconque, acte matériel, juridique ou verbal. Le défendeur devait promettre, par la *cautio de non amplius turbando*, de ne pas troubler le demandeur à l'avenir.

On s'est demandé ce que le demandeur devait prouver pour triompher dans l'action négatoire. La question est très controversée et on a proposé plusieurs solutions. La première oblige le demandeur à prouver son affirmation, c'est-à-dire l'inexistence de la servitude. Mais pratiquement une telle preuve serait impossible, ou du moins elle serait trop difficile pour le demandeur. Aussi une deuxième opinion es-

(1) Cf. Ed. Cuq, *op. cit.*, t. 2, p. 294 ; Van Wetter, *Pandectes*, t. 2, p. 288

time qu'il suffit que le démandeur démontre qu'il est propriétaire. La propriété conférant un droit exclusif, le défendeur devra alors prouver qu'il a le droit d'agir comme il le fait, c'est-à-dire d'exercer la servitude. Enfin, une solution intermédiaire distingue suivant que le défendeur a ou non la quasi-possession de la servitude. Dans le deuxième cas le demandeur serait seulement tenu de la preuve de la propriété ; dans le premier, il devrait prouver en outre que la servitude n'existe pas.

§ 2. — Le Droit Impérial

Les actions dont nous venons de faire l'analyse sont souvent préventives en ce sens qu'elles peuvent être exercées avant la violation d'un droit ou la consommation d'un dommage, justement pour éviter cette violation ou ce dommage éventuel. A côté de ces actions, des lois impériales sont venues en créer d'autres, ayant également un caractère préventif en ce qu'elles tendent à mettre un terme aux agissements nuisibles de certaines personnes. Elles constituent des exceptions à la règle qui veut que personne ne soit contraint d'intenter une action ou d'accuser quelqu'un malgré lui : *invitus agere vel accusare nemo cogatur.*

I. — La première de ces actions est celle qui doit son origine à la loi DIFFAMARI (1). Cette loi nous fait part de toute une procédure qui a été suivie dans un cas particulier, celui de la contestation d'ingénuité. Elle est ainsi conçue : " Diffamari statum ingenuorum seu errore seu malignitate quorumdam, periniquum est : praesertim cum affirmes diu præsidem unum atque alterum interpellatum a te, vocitasse diversam partem, ut contradictionem faceret, si defensionibus suis consideret. Unde constat, merito rectorem provinciæ commotum allegationibus tuis sententiam dedisse no de cæ-

(1) C. J., 7, 14,5

tero inquietudinem sustineres. Si igitur adhuc diversa pars perseverat in eadem obstinatione : aditus præses provinciæ ab injuria temperari præcipiet."

La loi *Diffamari* suppose donc qu'un ingénu, c'est-à-dire une personne née libre, voit son état mis en doute par des bruits que l'erreur ou la méchanceté a répandus sur son compte. Il s'adresse au président de sa province pour que celui-ci assigne le diffamateur à venir prouver le bien-fondé de ses allégations. Mais le diffamateur ne comparaît pas, il se dérobe. Alors l'ingénu, fort de son état, entreprend volontairement de fournir au président la preuve de son ingénuité. Le magistrat est convaincu par ces preuves et rend une sentence par laquelle il défend que l'ingénu soit désormais inquiété à ce sujet. Cette procédure a été ensuite exposée aux empereurs Dioclétien et Maximien, lesquels l'ont pleinement approuvée et lui ont donné force de loi.

Une chose est certaine dans la loi *Diffamari*. C'est que l'ingénu peut contraindre celui qui répand des bruits malveillants sur son état d'homme né libre à venir en justice établir le bien fondé de ses allégations. La loi parle, en effet, d'un adversaire qui a fait défaut, qu'on a sommé à plusieurs reprises d'avoir à se présenter devant le magistrat. Pourquoi l'a-t-on cité ? On l'a cité pour qu'il vînt faire la preuve de ses prétentions et, à ce titre, prendre la place de demandeur. Aucun doute n'y saurait exister, surtout lorsqu'on est en présence de la loi 14, 22, 3 au Digeste (1). Cette loi dispose que, si celui qui a la possession d'état d'ingénu se voit contester cet état par quelqu'un, c'est à celui-ci à faire la preuve de ses prétentions. La loi *Diffamari* n'innove donc qu'en ce qu'elle consacre une exception à la maxime *invitus agere vel accusare nemo cogatur*. En ce qui concerne la place, dans le procès, de celui qui est contraint d'agir, d'autres lois avaient déjà prévu le cas.

---

(1) Voir aussi D. 40, 12, 7 (5)

Le diffamé n'avait donc aucune preuve à fournir, il devait jouer le rôle de défendeur. Pourtant la loi nous apprend qu'il a quand même pris à son compte la charge de la preuve. Celà n'infirme pas ce que nous venons de dire. Si l'ingénu a pris la preuve à sa charge, il l'a fait volontairement, sans même qu'on la lui demande (1) et parce qu'il avait assez de confiance dans son état d'homme libre. Le diffamateur ayant fait défaut, il a voulu donner au magistrat toute assurance sur son état, obtenir un jugement en reconnaissance d'ingénuité et faire cesser ainsi les doutes que la diffamation avait pu faire naître dans son entourage. Tout homme de bien aurait agi de la sorte. Au contraire, l'homme malhonnête se serait contenté du bénéfice de la loi *Diffamari* qui force le diffamateur à venir prouver ses prétentions et qui, en cas de non comparution, l'empêcherait de continuer ses médisances. Mais une telle solution n'aurait pas été de nature à faire cesser les suspicions que le procès aurait pu faire naître sur sa personne.

Nous concluons donc que la loi *Diffamari* a pour objet d'accorder à tout ingénu, qui voit son état mis en doute par des propos malveillants, une action par laquelle il peut contraindre l'auteur de ces allégations à venir les soutenir en justice. Elle constitue une exception à la règle *invitus agere vel accusare nemo cogatur* et implique, en outre, le principe déjà posé par la loi 14, 22, 3 au Digeste et qui veut que celui qui conteste la possession d'état d'une personne née libre ait à jouer le rôle de demandeur et à fournir la preuve de ses prétentions. Elle consacre, en somme, une action préventive.

II — Vient ensuite la loi PUPILLUS (2) dont les termes sont ainsi conçus : "Pupillus agere vobiscum actione tutelæ compelli non potest. Verum adversus futuram calumniam, et ut

(1) D'ailleurs, la loi 14, 22, 3 au Digeste se demande s'il faut admettre l'ingénu à faire volontairement cette preuve et elle répond par l'affirmative.
(2) C. J.. 5, 56, 4

si quid ei debetis, cursus inhibeatur usurarum, denuntiationibus frequenter interpositis, ad judicium eum provocate ac, si rem dissimulatione proferat, actis apud praesidem provinciæ factis, voluntatis vestræ rationem declarate. Quo facto tam vobis ipsis, quam securitati filiorum vestrorum consulatis. Quod et in curatoribus locum habet. "

Cette loi, qui est aussi de Dioclétien et de Maximien, nous montre la procédure qu'on devait suivre dans le cas suivant. Un tuteur craint d'être exposé plus tard à des demandes d'intérêts accumulés, si son pupille vient à découvrir qu'il est resté débiteur vis-à-vis de lui d'un certain reliquat. Or le tuteur ne peut cependant ni payer ni déposer le montant de cette dette problématique dont il ignore le quantum et même l'existence. Comment doit-il faire pour arrêter le cours des intérêts ?

Les empereurs répondent qu'on ne peut pas contraindre le pupille à intenter son action de tutelle Celle-ci est, en effet, destinée à le protéger et il doit rester libre de son exercice pendant tout le temps que la loi la lui accorde. Mais les empereurs ajoutent que si l'ex-tuteur craint devoir quelque chose à son ex-pupille, il peut lui dire qu'il est disposé à lui payer, lui faire des sommations fréquentes à cet égard et même le citer en jugement. Si malgré toutes ces démarches l'ex-pupille s'obstine à garder le silence, le tuteur fera constater ses déclarations par écrit devant un magistrat. Ce faisant, il se mettra en sûreté, c'est-à-dire que le pupille ne pourra plus lui réclamer les intérêts d'une dette dont l'existence pourrait s'avérer par la suite.

Ainsi, la loi *Pupillus* confère à l'ex-tuteur d'un pupille la faculté de contraindre celui-ci à déclarer si oui ou non il a vis-à-vis de lui une créance résultant de sa gestion. Une telle faculté, qui peut aller jusqu'à citer l'ex-pupille en jugement, équivaut bien à une action. Et celle-ci pourra être intentée d'autant plus que le pupille se vanterait d'avoir ladite créance. Dans ce cas, en effet, sa mauvaise foi est évidente : il cher-

che à retarder autant que possible le recouvrement de façon à pouvoir réclamer des intérêts plus élevés.

L'action qui procède de la loi *Pupillus* est donc une action préventive : elle tend à prémunir l'ex-tuteur contre les futures réclamations de la part de son pupille. Mais il convient de remarquer qu'elle ne tend à le garantir que contre les intérêts d'une dette éventuelle. En ce qui concerne la dette elle-même, si elle venait à s'avérer, le pupille peut toujours poursuivre son recouvrement par l'action de tutelle.

III° — On peut encore voir dans la loi OB COMMISSA(1) une autre action préventive du genre de celles ci-dessus. Les dispositions de cette loi, également de Dioclétien et de Maximien, sont les suivantes : " Ob commissa adulteria, atque accusandas uxores, certa tempora, quæ utiliter computari solent, præscripta sunt : si igitur per occupationes publicas accusationem instituere non potuisti, nec ante creditum tibi munus præscripta tempora transacta sunt, post depositam sollicitudinem, qua detineris, integram accusandi potestatem habebis. Ad quam, cum vacare cœperis, properare debebis, ne effrænata licentia ad terrendam adversariam futuræ accusationis speciem prætendas. "

On sait qu'en Droit Romain le mari qui voulait former contre sa femme une accusation d'adultère voyait son action éteinte dans un délai très bref. La loi *Ob Commissa* a pour objet de prolonger ce délai en faveur des fonctionnaires de l'Etat. Aussi elle dispose que ceux-ci pourront former leur accusation, nonobstant l'expiration du délai, après la cessation de leurs fonctions. Mais pour prévenir les abus, la loi fait observer aux fonctionnaires qu'ils doivent intenter leur action tout de suite après que l'expiration de leurs fonctions leur permettra d'agir. Et elle ajoute que ce serait une témérité punissable de leur part si leur dessein était seulement d'épouvanter leur femme par une accusation future.

---

(1) C. J., 9, 9, 21.

Il en résulte que le délai dans lequel celui qui occupe une fonction publique doit former son accusation n'est pas nettement délimité : il doit agir "aussitôt que l'expiration de ses fonctions le lui permettra ". Mais comme d'autre part sa femme ne doit pas rester indéfiniment sous la menace d'une accusation qui peut être calomnieuse, il semble qu'elle puisse contraindre le mari qui la diffame à agir dès qu'elle estimera que ses accusations se prolongent outre mesure. Elle pourrait intenter ici une sorte d'action provocatoire.

IV· — Enfin, certaines actions ordinaires pouvaient parfois être intentées à titre préventif de façon à éviter le dépérissement des preuves. Ainsi, la loi **40, 9, 2** au Digeste prévoit le cas d'une personne qui a une créance conditionnelle et dont le titre est effacé ou détruit par quelqu'un. Elle craint que les témoins qui lui sont nécessaires pour établir l'existence de cette créance ne soient pas à sa disposition au moment de l'accomplissement de la condition. Aussi la loi lui accorde la faculté de les faire entendre immédiatement devant le juge et d'obtenir un jugement conditionnel contre le débiteur ou contre le destructeur du titre.

De même, la loi **3** (5), **37, 10** au Digeste protège l'héritier impubère contre le dépérissement des preuves : au lieu de renvoyer le procès au jour de sa puberté, elle permet de l'entamer tout de suite, si l'impubère risque de voir disparaître certains témoins.

SECTION 2

L'ancien Droit Français

Du Droit Romain, les institutions que nous venons de décrire sont passées dans l'ancien Droit Français, soit que la tradition s'en fut conservée dans les pays de droit écrit, soit qu'avant d'être pratiquées elles aient reçu droit de cité dans la doctrine. Mais elles n'ont pas été adoptées sans modifica-

tions et, en particulier, elles ont été dépouillées de leur caractère extrajudiciaire et archaïque. C'est ce que nous allons constater en étudiant les différences avec lesquelles le Droit Français les a connues.

I° — La doctrine et la jurisprudence des parlements nous témoignent de LA DENONCIATION DE NOUVEL OEUVRE. Boutillier est le premier auteur qui en parle. Telle qu'il nous la décrit dans la *somme rurale* (1), au XIV° siècle, elle ne différait guère de la *novi operis nuntiatio* du Droit Romain. Elle supposait toujours qu'une personne commençait dans son héritage une construction qui menaçait son voisin d'un trouble éventuel. A vrai dire, elle avait les mêmes caractères ; même forme et mêmes effets. La seule différence consistait en ce que l'action devait être intentée dans l'année du nouvel œuvre, et que le fardeau de la preuve incombait au dénoncé.

Vers le XVI^e^ siècle, les différences paraissent devenir plus notables. C'est du moins ce qu'il apparaît des annotations mises par Charondas à l'édition qu'il donna à la *Somme rurale* en 1602 (2). D'après ces annotations, la dénonciation de nouvel œuvre n'était plus un acte extrajudiciaire et, en conséquence, n'obligeait plus qu'avec l'intervention du juge. En outre, la sanction de ce qui avait été fait depuis la dénonciation ne comportait plus la démolition, mais seulement des dommages-intérêts.

Toutefois cette pratique ne paraît pas avoir été constante en jurisprudence. On a pu citer des cas dans lesquels la dénonciation de nouvel œuvre avait toujours, jusqu'au XVII^e^ siècle du moins, la même forme et les mêmes effets que du temps de Boutillier. Ainsi, un arrêt en date du 17 janvier 1633 (3) confirme le caractère extrajudiciaire de cette

(1) Livre II, titre 32.
(2) *Loc. cit.* annotation.
(3) Arrêt trib. de Laon, 17 janvier 1633 (Duc de Guise C. évêque de Laon) cité par Henrion de Pansey, *De la Compétence des Juges de Paix*, p. 351.

institution et ordonne comme sanction la démolition des travaux entrepris nonobstant l'opposition,

Une chose est certaine, cependant, c'est que, presque dès son adoption dans l'ancien Droit Français, la dénonciation de nouvel œuvre était devenue une action possessoire et on devait la confondre vite avee la complainte. Dans son *Recueil d'arrêts notables* Papon nous dit déjà que la seule différence entre ces deux actions consistait en ce que dans la première le dénoncé pouvait obtenir de continuer les travaux en " baillant caution de remettre le tout en premier estat " tandis que dans la complainte il ne pouvait pas obtenir cette permission (1).

Enfin l'ordonnance de 1667 ne parle plus que de deux actions possessoires, la complainte et la réintégrande. A partir de ce moment on ne semble plus distinguer la dénonciation de nouvel œuvre, il a fallu attendre jusqu'à la loi du 25 mai 1838 pour la voir reparaître.

De tout ce que nous venons de dire, on peut conclure que la dénonciation de nouvel œuvre est passée d'abord dans l'ancien Droit Français telle qu'elle était en Droit Romain. Puis, par la suite, la plus grande confusion a régné sur elle, les divers parlements n'étant pas tous unanimes sur ses conditions d'application et sur ses effets. Mais nous sommes en droit de dire que malgré cette confusion son caractère propre a toujours subsisté, c'est d'être une action essentiellement préventive. Aussi, en réalité, il n'est pas juste de parler d'une confusion complète entre la dénonciation de nouvel œuvre et la complainte. Lorsque Papon nous dit que dans l'une le dénoncé pouvait continuer l'œuvre moyennant caution tandis que dans l'autre il ne pouvait pas obtenir cette faculté, il constate malgré lui une différence fondamentale. Si dans l'une il en est ainsi, c'est parce qu'il s'agit d'un dommage non encore réalisé mais simplement éventuel ; dans l'autre,

(1) Livre VIII, titre 4. n° 8.

au contraire, la violation du droit est d'ores et déjà réalisée et le juge doit la sanctionner par la destruction immédiate de l'ouvrage commencé. L'action en complainte procède de la vieille *action de trouble*, elle suppose essentiellement un trouble né et actuel. Or, exercée à la place de la dénonciation de nouvel œuvre, elle tend à prévenir un trouble simplement éventuel. D'où on peut dire que, au XVII° siècle, lorsque la complainte était exercée à la place de la dénonciation de nouvel œuvre, elle n'avait de propre que son nom ; sous son couvert se cachait une action anonyme dont le caractère préventif devait la dévoiler tôt ou tard aux jurisconsultes de l'époque. C'est, en effet, grâce à ce caractère préventif que, bien avant sa réapparition dans la loi du 25 mai 1838, la dénonciation de nouvel œuvre était déjà reconnue par la jurisprudence comme distincte de la complainte et de la réintégrande.

II. — En deuxième lieu, l'ancien Droit Français accordait au voisin d'une maison menaçant ruine, une action préventive analogue en certains points à LA CAUTIO DAMNI INFECTI. On lit chez Domat, en effet, que " si un bâtiment est en péril de ruine, le propriétaire du bâtiment ou autre héritage voisin, qui voit le sien en danger d'être endommagé par la chute de l'autre, peut sommer celui qui en est le propriétaire de le démolir ou le réparer, de sorte qu'il fasse cesser le péril. Et comme c'est un mal à venir qui peut arriver à chaque moment, et qu'il faut prévenir, s'il n'y satisfait promptement.. après la sommation ou l'assignation en justice... celui qui voit son héritage en danger par la ruine de l'autre. peut demander par provision, qu'il lui soit permis de faire lui-même ce que les experts jugeront nécessaire pour prévenir la chute de ce bâtiment, soit en l'appuyant ou démolissant, s'il en est besoin, et il recouvrera contre le propriétaire la dépense qu'il y aura faite ". (1)

---

(1) Domat, *Les Lois Civiles*, liv. II tit. 8, sect. 3, n. 1 et 2

Cette action de l'ancien droit diffère de la *cautio damni infecti* en ce que le voisin menacé par la ruine ne peut pas obtenir de se faire envoyer en possession de la maison, ni non plus qu'on lui fournisse une caution pour le dommage éventuel. Mais elle lui ressemble en ce qu'il y a d'essentiel, en son caractère préventif : le propriétaire de l'héritage menacé par la ruine d'une maison voisine peut demander, après sommation ou assignation, qu'il lui soit permis de faire lui-même ce qui est nécessaire pour prévenir la chute du bâtiment, et cela aux frais du propriétaire de celui-ci.

D'ailleurs, que cette action tire son origine de la *cautio damni infecti* romaine, c'est ce dont on ne saurait pas douter en présence des remarques et annotations données par Domat dans son ouvrage même. Il nous dit que c'est parce qu'on n'observe plus la règle de l'envoi en possession, lorsque le propriétaire de la maison menaçant ruine refuse de fournir caution, qu'on a tâché " d'accommoder à notre usage les règles du Droit Romain " (1). D'autre part, certaines coutumes, comme celle de Berry, permettaient encore au propriétaire menacé par la ruine d'une maison voisine "quelque chose d'analogue" à l'envoi en possesion du bâtiment (2).

III. — On connaissait encore dans l'ancien Droit Français une autre action préventive qui était la plus célèbre de toutes par les controverses et par les arrêts de jurisprudence auxquels elle a donné lieu, c'est L'ACTION DE JACTANCE, dite encore action provocatoire ou en perpétuel silence (3). Au moyen de cette action on pouvait contraindre celui qui prétendait à un droit sur une autre personne, qui s'en jactait, à venir en

---

(1) D'ailleurs, Domat va jusqu'à admettre que si le bâtiment tombe avant qu'il y eût une dénonciation au propriétaire, celui-ci ne sera pas tenu du dommage, s'il veut abandonner et la place et les matériaux.

(2) Cf. A. Sourdat, *De la Responsabilité*, t. 2 p. 615, note 2

(3) Pour tout ce qui concerne cette action, cf Guyot. *Répertoire Universel et Raisonné de jurisprudence civile, criminelle et bénéficiale,* au mot *Diffamari* ; voir aussi Merlin, *Répertoire.*

justice prouver le bien-fondé de ses prétentions, sous peine d'avoir à garder un perpétuel silence.

Cette action tirait son origine de la loi *Diffamari* ainsi que de la loi *Pupillus* que nous avons citées ci-dessus. Elle paraissait ainsi une violation flagrante de la règle *invitus agere vel accusare nemo cogatur*. Mais d'après la plupart des interprètes cette interprétation n'avait "rien que de conforme à l'esprit des lois romaines et à l'équité. La maxime *invitus agere vel accusare nemo cogatur* ne devait pas être considérée comme une règle absolue. " L'honneur compromis par des bruits injurieux, le crédit d'un négociant altéré par des dettes dont on le dit grevé, la tranquillité d'un citoyen troublé par la crainte de se voir inquiété dans la possession de ses biens... " leur paraissaient autant de motifs suffisants à la restreindre.

Aussi, malgré l'opposition de certains auteurs (1), la majorité des jurisconsultes de l'ancien droit était pour l'extension que la loi *Diffamari* avait reçue en France. Parmi les plus convaincus de cette interprétation il faut citer Voët. Les autres partisans sont : Accurse, Bouvot, Cujas, Godefroy et Julien.

La jurisprudence des parlements confirmait, elle aussi, cette doctrine. C'est ainsi que les auteurs précités rapportent de nombreux arrêts nous montrant que l'action de jactance était générale dans toute la France et même à l'étranger. Bretonnier, dont l'opinion n'était pas tout à fait favorable à cette action, constate impartialement que sa pratique était générale pour toutes sortes d'affaires " et qu'il en avait plaidé lui-même dans le Dauphiné.

Enfin, les Chartes du Hainaut avaient un chapitre exprès sur cette matière, le chapitre 41. On y lisait : "Tous manans de notre dit pays du Hainaut, étant menacés par aucuns particuliers, faisant courir le bruit de les poursuivre, pour quel-

(1) Le président Fabre, notamment.

agir dans un certain délai sous peine d'avoir à se taire pour toujours. La seconde aurait pour objet la cause principale dans laquelle le diffamant est obligé d'agir dans l'espace de temps qui lui a été fixé. Le diffamé serait demandeur dans la première action ; c'est donc devant le juge du domicile du diffamant qu'il doit se pourvoir. Dans la deuxième action, c'est le diffamant qui devient demandeur et c'est alors que le juge du diffamé est compétent.

Cette opinion a été adoptée par plusieurs jurisconsultes, notamment par Voët et par Boërius. Elle était consacrée par le Conseil de Gand. Le style du conseil souverain de Brabant en faisait une loi expresse. Quant aux Chartes du Hainaut, elles semblent avoir cherché à éluder la difficulté en attribuant au conseil de Mons, juge supérieur de la Province, la connaissance des deux actions impliquées dans l'action de jactance. C'est ce qui résulterait des termes : "... pour là être poursuivis... à peine de privation ".

On s'est ensuite demandé si le diffamant, qui a été condamné à garder un silence perpétuel faute d'avoir agi dans le délai fixé par le juge, peut dans la suite se faire restituer contre cette condamnation et faire valoir ses droits. Certains auteurs dont Voët et Wassenær, soutiennent qu'il le peut, mais à condition que sa demande en restitution soit fondée sur une raison sérieuse, comme sur l'ignorance où il était, à l'époque de la condamnation, des preuves et des faits propres à établir la justice de ses prétentions. D'après ces auteurs, cette solution était consacrée en Hollande et en Allemagne. Cependant, d'autres jurisconsultes, dont Boërius et Merlin, sont d'avis contraire. Pour eux, la restitution n'était possible que dans le cas où les jugements par défaut n'entraînaient pas condamnation définitive. Dans le cas contraire, la restitution n'était accordée que pour les causes qui donnent ouverture à la requête civile.

VI. — Citons, en dernier lieu, les actions qui avaient pour objet de prévenir le dépérissement des preuves. Dans

que action que ce soit, réelle ou personnelle, pourront faire plainte en notre dite cour pour là en droit être poursuivis et bailler terme à partie, de faire la poursuite à peine de privation, sauf pour matières de crimes, dont justice voudrait se mêler, auquel cas l'on ne sera pas reçu à faire cette plainte ".

L'action de jactance était donc admise d'une façon générale dans l'ancien Droit Français ; la doctrine et la jurisprudence en étaient unanimes. Voyons maintenant à quelles conditions et à quelle procédure elle était soumise.

Pour intenter l'action de jactance, il fallait au préalable établir les propos que l'on imputait à son adversaire, il fallait prouver que celui-ci s'était vanté de pouvoir nous poursuivre par une action quelcouque. Si le prétendu diffamé n'administrait pas cette preuve, le juge devait refuser de condamner le diffamant à agir dans un certain temps sous peine de perpétuel silence. En effet, statuer autrement aurait été une tyrannie et une véritable atteinte à la règle suivant laquelle on ne peut obliger personne à agir.

Devant quel juge le diffamé devait-il se pourvoir contre le diffamant ? Sur cette question il y a eu de vives controverses en doctrine et en jurisprudence. Certains auteurs ont soutenu que c'est devant le juge propre du diffamé. A l'appui de leur thèse ils avancent que le diffamant est demandeur originaire en ce qu'il est censé, en se vantant, agir contre le diffamé ; que l'action de jactance n'est qu'incidente à la cause principale et que le juge du principal est juge des incidents. Cette opinion a été consacrée par plusieurs arrêts du parlement de Flandre et du conseil de Malines. Le conseil de Bruxelles et le sénat du Piémont ont aussi statué dans ce sens.

Cependant, le sentiment contraire paraissait mieux fondé à d'autres jurisconsultes. Ceux-ci soutenaient que l'action de jactance renferme deux actions différentes l'une de l'autre. La première aurait pour objet de constater les propos que l'ajourné est accusé d'avoir tenu et de le faire condamner à

cien droit, celui qui craignait la perte d'une preuve testimoniale, soit que les témoins fussent vieux ou valétudinaires soit qu'ils fussent sur le point de s'absenter, disposait d'une action pour demander au juge une ENQUETE A FUTUR. Au moyen d'une telle enquête, il pouvait recueillir les dépositions des témoins avant qu'ils ne disparaissent et les conserver ensuite en vue d'un procès éventuel.

Nous avons vu (1) que le Droit Romain avait, lui aussi, une procédure spéciale pour prévenir le dépérissement des preuves. Cette procédure était cependant fort différente de celle de l'enquête à futur de l'ancien droit. En effet, elle avait pour objet dans certains cas particuliers, d'avancer la date du procès lorsque les témoins indispensables à l'instruction d'une affaire risquaient de disparaître. L'enquête était toujours incidente et se faisait pendant que le juge statuait sur le fond du procès. Au contraire, dans l'ancien droit, le procès n'est pas du tout avancé ; l'enquête est faite à titre principal et doit être conservée jusqu'au jour de l'ouverture du procès éventuel. En réalité, l'enquête *in futurum* de l'ancien Droit Français tire son origine de l'examen *extraordinarium testium* du Droit Canonique lequel, interprétant les textes du Digeste à sa façon, construisit une procédure préventive distincte de celle du Droit Romain (2)

L'enquête à futur, étant donné son caractère exceptionnel, avait été soumise à des conditions spéciales. Elle n'était accordée qu'à celui qui devait être demandeur ou défendeur dans le procès à venir. Ici encore une distinction était faite. Si celui qui intentait l'action en vue d'une enquête à futur pouvait agir immédiatement dans le procès principal, l'enquête ne lui était accordée qu'après avoir justifié du péril qu'il y aurait dans le retard ; s'il ne pouvait pas agir sur-le-

(1) Voir *Supra*, section 1, § 2, n° 4.

(2) Pour l'enquête à futur dans l'ancien droit cf. Guyot, *Répertoire Universel et Raisonné de Jurisprudence civile, criminelle et bénéficiale*, au mot *Enquête* ; voir aussi Merlin, *Répertoire*,

champ le juge avait un pouvoir discrétionnaire pour admettre ou rejeter la production anticipée des témoins. Au contraire, si celui qui intentait l'action en vue de l'enquête à futur devait être défendeur dans le procès éventuel, sa demande était généralement accordée sans difficulté, car on pensait qu'autrement cela eût été avantager le demandeur. Il en était de même si la partie qui demandait l'enquête *in futurum* devait jouer à la fois le rôle de demandeur et de défendeur dans le procès futur, par exemple : exercice d'une action de jactance.

Le juge compétent pour connaître de l'enquête à futur était celui saisi de la contestation ou qui devait en connaître lorsque celle-ci était entamée. L'enquête achevée, le juge devait la tenir close et cachetée jusqu'à ce qu'une ordonnance vînt en autoriser l'ouverture. Enfin, les témoins qui avaient déposé devaient être entendus à nouveau dans l'enquête principale à peine de nullité de leurs premières dépositions. L'enquête à futur ne faisait foi, en effet, que si les témoins entendus étaient morts ou absents au moment où le procès principal avait lieu.

On a beaucoup discuté la question de savoir dans quelle mesure les dépenses entraînées par l'enquête à futur devaient être mises à la charge de la partie condamnée. Selon Papon, les enquêtes à futur faites avant que le procès soit entamé ne devaient pas entrer en taxe ; seules celles qui se font pendant l'instruction devaient y rentrer. Telle était la règle dans les Chartes générales du Hainaut. Cependant, dans d'autres régions on décidait que ces sortes d'enquêtes devaient toutes être taxées, qu'elles fussent faites avant ou pendant le procès. Telle était la jurisprudence du conseil de Malines.

Enfin, les enquêtes à futur furent interdites par l'ordonnance de 1667 (titre 13), après un vif réquisitoire du président Lamoignon. Les lettres de chancellerie du royaume les accordaient sans aucune connaissance de cause et il en résultait de nombreux abus.

CONCLUSION

Nous venons de voir que les actions préventives étaient déjà connues du Droit Romain aussi bien que de l'ancien Droit Français. Si ces actions existaient depuis des temps si reculés, c'est que le principe d'une justice préventive n'est pas moins naturel que celui d'une justice répressive ou réparatrice. Les actions préventives, comme les actions ordinaires, correspondent (nous le verrons plus loin) à la notion essentielle de la juridiction. Elles apparaissent comme l'apanage d'un haut degré de développement du droit. Il n'y a donc pas de quoi s'étonner si, avant d'aborder le chapitre suivant, nous affirmons *a priori* que notre droit positif doit aussi les connaître.

CHAPITRE II

Les actions préventives en Droit positif français

On pourrait croire, à première vue, que pour agir en justice il soit toujours nécessaire d'invoquer la violation déjà née d'un droit ou la réalisation actuelle d'un dommage. Il n'en est pourtant rien. Nous allons constater, dans cette étude du droit positif, que le principe d'une justice réparatrice n'est pas plus formel dans notre droit que celui d'une justice préventive. Le législateur et la jurisprudence ont estimé, en effet, qu'il peut être utile de prévenir un dommage imminent ou d'empêcher la violation d'un droit. A cet effet ils ont consacré expressément un certain nombre d'actions que nous allons passer en revue.

SECTION I

Actions en vue de prévenir la violence d'un Droit

En droit privé, les actions essentielles de cette espèce sont au nombre de quatre. Ce sont : la dénonciation de nouvel œuvre, l'action *damni infecti*, les actions préventives en nullité et l'intervention en justice. En droit public on peut citer le recours pour excès de pouvoir et le contentieux de l'interprétation. Mais nous ne traiterons de ces deux actions qu'incidemment.

§ I. — La dénonciation de nouvel œuvre

Nous avons vu, au chapitre précédent, que le jugement du tribunal de Laon du 17 janvier 1633 reconnaissait encore à la dénonciation de nouvel œuvre, dans l'ancien droit, les caractères essentiels qu'elle avait en Droit Romain. Nous avons dit aussi comment, l'ordonnance de 1667 et le Code de procédure civile n'ayant fait aucune mention de la dénonciation de nouvel œuvre, on avait pu croire que cette action se confondait avec la complainte. Il n'en était pourtant rien, elle existait malgré tout et la jurisprudence devait la reconnaître bien avant le législateur.

Ce fut en 1820 que la Cour de Cassation eut à se prononcer pour la première fois depuis 1633, sur la dénonciation de nouvel œuvre. Il s'agissait du pourvoi formé contre un jugement du tribunal de Castres en date du 13 septembre 1817. Ce jugement confirmait celui du tribunal de Laon : il reconnaissait que la dénonciation de nouvel œuvre pouvait se faire par sommation extrajudiciaire et ordonnait la démolition des travaux effectués nonobstant la signification de cet acte, " attendu, disait-il, qu'on ne trouve dans le Code civil aucune disposition qui fixe la marche à suivre dans la dénonciation de nouvel œuvre ; que, dans le silence du Code, il faut avoir recours aux lois romaines ".

La Cour de Cassation, par arrêt du 11 juillet 1820 (1), cassa et annula ce jugement " attendu que les juges seuls ont le droit de commander et de se faire obéir,.. Que la forme de procéder en pareille matière était indiquée au titre premier du Code de procédure qui s'occupe des actions possessoires, et par suite, de celle en dénonciation de nouvel œuvre qui en a le véritable caractère ".

---

(1) S. 1820 I. 434.

Enfin, en 1829 (1) la jurisprudence se prononça encore sur la nature du trouble que la dénonciation a pour but de sanctionner : elle a confirmé qu'il s'agit d'un trouble futur, non encore réalisé.

Par ces arrêts la jurisprudence a eu le mérite de déterminer dans notre droit actuel la nature de la dénonciation de nouvel œuvre. Celle-ci constitue une action possessoire qui rentre parmi celles prévues par le Code de procédure ; elle a un caractère préventif qui la distingue de la complainte et de la réintégrande ; enfin, elle ne s'analyse plus en un acte extrajudicicaire : c'est du juge de paix que doit émaner la défense de continuer les travaux.

Confirmée par la loi du 25 mai 1838, et plus tard par celle du 12 juillet 1905, en disposant que les juges de paix connaissent " des dénonciations de nouvel œuvre, complaintes, actions en réintégrande et autres actions possessoires ", il semble que cette jurisprudence aurait dû dissiper les doutes qui subsistaient encore sur l'existence propre de la dénonciation de nouvel œuvre. Les auteurs n'ont pas moins continué à soutenir que cette action n'est qu'une variété de la complainte. Aujourd'hui encore tous ne sont pas d'accord sur ses caractères et sur ses conditions de recevabilité.

La dénonciation de nouvel œuvre, action possessoire, exige une possession annale et conforme à l'article 2229 du Code civil. Elle doit être intentée, en outre. dans l'année du trouble, c'est-à-dire du nouvel œuvre.

A côté de ces conditions communes aux actions possessoires, d'autres conditions spéciales à la dénonciation sont exigées. Il faut, d'abord, qu'il s'agisse d'un *trouble simplement éventuel*. En effet, si le trouble était actuel, ce serait la complainte qu'il faudrait intenter. Pour la même raison, il faut, ensuite, que les travaux soient effectués sur un fonds autre que celui du demandeur. Exécutés sur le fonds de

(1) Civ. 1er déc. 1829 S. 1830. I. 32

celui-ci ils entraîneraient un trouble né et actuel.

On aperçoit la différence fondamentale qui existe entre la dénonciation de nouvel œuvre et la complainte. Celle-ci est accordée en vue de sanctionner un trouble actuel ; elle est répressive. Celle-là n'est ouverte que lorsqu'il s'agit d'un trouble éventuel : elle est préventive.

Ce caractère distinctif de la dénonciation de nouvel œuvre a été confirmé par la Cour de Cassation dans plusieurs arrêts (1). Pourtant il semble que la plupart des auteurs, et la jurisprudence elle-même, n'en soient pas pleinement conscients. C'est ainsi qu'on continue à exiger, pour la recevabilité de notre action, deux conditions qui, si elles étaient nécessaires, aboutiraient à étouffer dans l'œuf son caractère essentiel.

La première de ces conditions, c'est que les travaux soient commencés, ou sur le point de l'être. S'ils étaient terminés disent les auteurs, il y aurait trouble actuel et seule l'action en complainte serait recevable. La deuxième condition consisterait en ce que le demandeur doit conclure non pas à la destruction des travaux, mais seulement à leur suspension. La nécessité de cette condition découlerait de la première. Puisque seuls les travaux inachevés causeraient un trouble éventuel, leur discontinuation est une sanction qui protège nettement le demandeur. Celui-ci n'a pas le droit de demander la destruction de travaux qui ne lui causent pas encore un trouble. Enfin, d'aucuns prétendent que le droit d'ordonner la destruction des travaux serait exhorbitant pour un juge de paix.

Nous croyons que ces conditions sont incompatibles avec le caractère préventif de la dénonciation de nouvel œuvre et pensons, d'accord en cela avec Appleton (2), qu'elle peut être exercée aussi bien pour des travaux inachevés que

---

(1) CF. arrêt du 1er déc. 1829 précité ; Réq. 4 févr. 1856. D. 1856. 1.296 ; 21 févr. 1910, S. 1913.I.385

(2) *De la possession et des actions possessoires*, Chap. 6, § 371

pour des travaux déjà terminés et, en conséquence, en vue de conclure à leur destruction.

En effet, il n'est pas démontré que seuls les travaux inachevés peuvent faire craindre un trouble futur. Des cas peuvent se présenter dans lesquels une construction terminée continue à menacer d'un trouble éventuel sans causer pour cela un préjudice actuel. D'autre part, puisque la loi n'accorde la dénonciation de nouvel œuvre que contre des faits commis dans l'année, il est certain qu'elle a dû prévoir le cas de travaux terminés, autrement elle n'aurait pas de sens. Enfin, en ce qui concerne l'argument tiré du fait qu'il serait exorbitant que le juge du possessoire ait l'autorité d'ordonner la destruction des travaux, le moins qu'on en puisse dire, c'est que notre droit lui accorde effectivement cette autorité, laquelle, d'ailleurs, on ne conteste pas lorsqu'il s'agit de la complainte.

Soit l'exemple suivant donné par Appleton. " Mon riverain inférieur construit un barrage avec une vanne. Dans les temps ordinaires, je n'en suis pas incommodé, parce que la vanne laisse échapper assez d'eau pour maintenir le niveau de la rivière au-dessous de ma propriété. Mais dans les crues, la vanne, trop étroite, ne laisse plus à l'eau un passage suffisant; le niveau montera et je serai inondé " (1).

Avant l'achèvement du barrage, il n'était pas certain que cet ouvrage, une fois terminé, causerait un trouble éventuel au riverain supérieur. Celui-ci ne pouvait donc pas agir en vue de suspendre son exécution. Ce n'est qu'une fois l'œuvre achevée et la dimension de la vanne prise en considération, que le trouble éventuel s'avère certain. A ce moment là l'intéressé ne peut pas intenter la complainte, qui exige un trouble né et actuel. Il doit pouvoir intenter la dénonciation de nouvel œuvre.

---

(1) Appleton, *op. cit*, chap. 6, § 372.

Et Appleton d'ajouter : " Si elle n'existait pas, je serais dans une triste position : car si la crue tarde à venir, si le barrage a un an d'existence, une fois inondé je n'aurai même plus la complainte, car le propriétaire du barrage sera devenu possesseur annal ; il faudra me pourvoir au pétitoire " (1).

Il est donc juste de conclure que la dénonciation de nouvel œuvre n'est subordonnée qu'à trois conditions essentielles : qu'elle soit intentée par un possesseur annal, pour des faits commis dans l'année, *en vue de prévenir un trouble éventuel*. Le caractère distinctif de cette action ne réside ni dans le lieu où les travaux s'effectuent, ni dans le degré d'avancement de ceux-ci ; il réside dans l'éventualité du trouble qu'elle tend prévenir. Dès lors, si des travaux encore inachevés laissent à prévoir un trouble éventuel et certain, leur suspension suffit. Mais s'ils sont déjà achevés et continuent à menacer d'un trouble futur et certain, leur destruction s'impose.

C'est parce qu'on a longtemps méconnu ce caractère propre de la dénonciation, parce qu'on continue quelquefois à la méconnaître, que tant de controverses et tant de confusions ont pu naître à son égard. La jurisprudence elle-même a paru le sentir confusément plutôt que le professer d'une manière explicite. C'est ainsi que, dans ses arrêts, elle a pu employer des termes équivoques (2). D'autre part, lorsqu'elle a l'occasion de se prononcer sur cette action, elle se trouve rarement en présence du cas particulier où l'œuvre est terminé et où il cause encore un trouble éventuel. Dans son arrêt du 1er décembre 1829 précité elle a pu toutefois statuer sur la question et conclure à la destruction de l'œuvre. Elle a ainsi, de longue date, consacré dans toute son étendue le caractère préventif de notre action.

---

(1) *Op. cit., Loc. cit.*

(2) Voir notamment l'arrêt du 1er décembre 1829 précité, où une véritable action en dénonciation de nouvel œuvre est qualifiée d'action en complainte.

§ 2. — L'action damni infecti

Aucun texte de notre droit positif ne prévoit la survivance de l'action *damni infecti*. Bien au contraire, le procédé de la caution et de l'envoi en possession qu'elle implique paraît peu compatible avec notre droit moderne. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point. Mais nous avons déjà vu que dans l'ancien Droit Français cette action était profondément modifiée, l'intéressé ne pouvant ni se faire envoyer en possession de l'édifice menaçant ruine, ni obtenir caution pour le dommage éventuel. Toutefois, il pouvait contraindre le propriétaire du bâtiment dangereux à prévenir le dommage en faisant étayer, réparer ou démolir.

Aujourd'hui, l'autorité chargée de la police de la voirie veille à la sécurité publique (1). Le propriétaire menacé par la ruine prochaine d'un bâtiment voisin peut donc s'adresser à cette autorité pour qu'elle ordonne les réparations nécessaires et, si besoin est, la démolition même. Mais en cas de négligence de l'administration, ou si le bâtiment qui menace ruine n'est pas situé sur une place publique, que décider ? (2) Est-ce que le voisin menacé n'a aucun moyen de pourvoir à la sûreté de son héritage et de sa personne ? N'a-t-il pas, comme dans l'ancien droit, une action pour contraindre le propriétaire de l'édifice dangereux à conjurer le dommage qui pèse sur lui ?

Certains auteurs ont refusé au voisin toute action de ce genre (3). Il a même été jugé par la Cour supérieure de Bruxelles (4) que le voisin n'a d'action que pour le dommage

(1) Voir loi du 21 juin 1898, art. 3

(2) La loi précitée ne prévoit, en effet, que les constructions situées sur la voie publique

(3) Dans ce sens : Duranton ; Toullier ; Sirey, *Dissertation*, S. 1825. 2.290 ; Aubry et Rau, *Cours de Droit civil français*, t. 6, p. 437 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 4, n° 2965.

(4) Bruxelles, 17 mars 1825, S. 1825.2.289.

effectif causé par la chute du bâtiment. Ainsi, non seulement l'action *damni infecti* serait complètement abolie, mais encore aucune action ne la remplace et le propriétaire menacé par la chute imminente d'un édifice doit attendre l'écroulement de celui-ci pour agir en réparation du dommage causé.

A l'appui de cette solution plusieurs arguments ont été invoqués. Le plus pertinent de tous consiste à soutenir que le Code civil, en prévoyant le cas de dommage causé par la chute d'un édifice voisin, a entendu abroger toutes les dispositions antérieures statuant sur la même matière. Puisque l'art. 1386 ne prévoit que le dommage né et actuel causé par la chute d'un bâtiment, c'est que le dommage éventuel ou imminent ne saurait donner lieu à aucune réparation, à aucune action. Cet argument serait, au surplus, confirmé par les travaux préparatoires du Code. Dans son rapport au Tribunal sur l'art. 1386, Bertrand de Greuille s'est élevé, en effet, contre la *cautio damni infecti* et soutenu que désormais seul le fait de l'écroulement pouvait légitimer l'action du demandeur et permettre au juge d'accorder une réparation.

Cet argument a été loin de convaincre la plupart des auteurs. En effet, il n'est pas juste de dire que seul le fait de l'écroulement peut légitimer une action ou donner lieu à une réparation. Une réparation est due, et par conséquent une action est accordée, toutes les fois qu'une personne subit un préjudice réel par la faute d'autrui. Or le voisin d'une maison menaçant ruine peut éprouver un dommage né et actuel bien avant l'écroulement de celle-ci. Ainsi, "l'émigration des locataires de la maison menacée, la crainte que le péril m'inspire, les précautions que je suis obligé de prendre, les dépenses qu'il entraîne... tout cela constitue un tort actuel dont j'ai le droit d'obtenir réparation " (1)

---

(1) Cf. A. Sourdat, *Traité général de la responsabilité*, t. 2, p. 617

Mais ce n'est pas cette action en réparation qui nous intéresse. Ce qui nous occupe, c'est l'action préventive en vue de prévenir ces torts. Or, à cet égard, il n'est pas certain que le Code civil ait abrogé toutes les dispositions antérieures aux matières qu'il réglemente. Aujourd'hui, partout où il y a silence du Code, on continue à invoquer les règles coutumières et traditionnelles. Parce que l'art. 1386 ne prévoit que le dommage actuel causé par la chute d'un bâtiment, il ne s'ensuit pas forcément qu'on n'ait pas d'action pour prévenir un dommage éventuel et certain. Aucun principe de notre droit ne s'oppose à une action de ce genre. Bien au contraire, notre législateur a prévu de ces actions : la dénonciation de nouvel œuvre en est le type. D'autre part, comme le remarque si justement Sourdat, l'art. 1386 lui-même contient virtuellement " un principe universellement connu, savoir, que chacun est obligé de tenir les choses qui lui appartiennent dans un état tel qu'elles ne nuisent pas à autrui " (1) L'état de vétusté d'une maison, la menace permanente d'écroulement qui pèse sur le voisin, sont un manquement à cette obligation et justifient le recours en justice en vue de faire cesser cet état de choses.

Enfin, la raison et l'équité nous commandent de prévenir tout dommage imminent, dès lors qu'on le connaît et que le danger est certain. Nous verrons aussi, plus loin, que l'Etat ne doit pas seulement aux particuliers une justice réparatrice mais aussi une justice préventive. Si donc les rédacteurs du Code civil ont négligé de s'expliquer sur la nécessité de prévenir le dommage, c'est qu'ils étaient préoccupés de la responsabilité qui astreint à payer une somme d'argent et suppose évidemment un préjudice accompli. Ils voulaient, sans doute, affirmer que la chute d'un édifice oblige à indemnité, bien qu'elle n'ait pas été précédée d'une dénonciation du voisin comme le voulait Domat.

---

(1) *Op. cit.*, p. 616-617.

Aussi comprend-on que la plupart des auteurs s'accordent pour reconnaître que le propriétaire menacé par la chute d'un édifice voisin à action pour contraindre le propriétaire de cet édifice à démolir ou à réparer (1). Cette solution est d'ailleurs celle de la jurisprudence française qui a eu l'occasion de la confirmer dans une série d'arrêts (2). Depuis 1843, date du premier, jusqu'en 1933, date du dernier, elle ne s'est jamais démentie. De sorte que nous sommes en droit de dire que l'action préventive *damni infecti*, telle qu'elle existait dans l'ancien droit, subsiste encore dans notre droit positif.

Il y a même une loi qui consacre une véritable *cautio damni infecti*. C'est la loi du 21 avril 1810, sur les mines, et dont l'art. 15 oblige le concessionnaire à fournir caution de payer toute indemnité en cas d'accident avant de commencer des travaux sous des terrains bâtis ou exploités, ou dans leur voisinage immédiat.

" Il y a si bien une caution pour dommage futur, constate M. R. Demogue (3), que la caution est refusée par la jurisprudence si le dommage est déjà réalisé. Bien qu'exceptionnel, ce texte montre que le droit moderne ne répugne pas à protéger un voisin menacé ".

---

(1) Dans ce sens : Maleville, *sur l'art. 1386* ; Henrion de Pansey, *De la compétence des juges de paix*, chap. 38 ; Fremy-Ligneville, *Traité de la législation des bâtiments*, t, 2, p. 417 ; Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, p. 399 ; R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 5, n° 1105 et S. ; Planiol, Ripert et P. Esmein, *Traité pratique de droit civil français*, t. 6, n° 611.

(2) Rennes, 23 mars 1843, S. 1844.2.204 ; Bordeaux, 18 mai 1849, S/1850.2.183 Chambéry, 18 juin 1888, P. F. 1889.2.80 ; Coutances, 7 février 1933, Gaz. Pal. 1933.1.825.

(3) *Op. cit.*, n° 1106

§ 3. — Les actions préventives en nullité

Les actions préventives en nullité sont celles exercées en vue d'établir l'existence du vice d'un acte avant toute exécution effectuée par l'ayant-droit et avant toute action en exécution dirigée contre lui (1). Une personne, par exemple, passe un contrat qui, par un vice quelconque, est annulable. Elle peut opter entre deux solutions : attendre, pour opposer une exception de nullité, que son adversaire intente contre elle une action en exécution ; elle peut encore, devançant l'action de son adversaire, agir directement en justice en vue d'obtenir la nullité du contrat (2). Dans ce dernier cas, elle agit à titre préventif.

Une telle action est très utile. Ellle peut avoir pour objet de rendre claire une situation confuse, de fixer à l'égard des tiers la situation de l'intéressé. Un acte annulable n'est pas tout à fait un acte nul, il est valable jusqu'à son annulation. Jusque-là il peut être considéré comme la source de troubles possibles, comme la larve d'une obligation, prête toujours à éclore. Aussi conçoit-on que l'intéressé puisse avoir le scrupule de vouloir mettre fin à cet état de choses pour être tranquille une fois pour toutes.

Il se pourrait aussi que, si l'intéressé attend, pour agir, qu'on lui demande l'exécution du contrat, il ne puisse plus faire la preuve du vice qui l'entache, soit parce que des témoins indispensables ont disparu, soit parce que le silence qu'il aura observé est considéré par les tribunaux comme une confirmation tacite de l'acte. Pour toutes ces raisons, l'exercice préventif des actions en nullité est très utile et son étude très intéressante au point de vue de la théorie générale des actions.

---

(1) Cf. R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, thèse, Dijon, 1909, p 430.

(2) Voir : Paris, 1er avril 1862, D. P. 1862.2.77 ; 6 juillet 1893, S. 1894.2.100

La faculté d'intenter une action préventive en nullité semble avoir son fondement dans l'art. 1304 du Code civil. " Dans tous les cas où, dispose cet article, l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par des lois particulières, cette action dure dix ans ". Puisque l'intéressé doit intenter son action en nullité ou en rescision dans un délai fixé par la loi, souvent inférieur à dix ans, il s'ensuit qu'il n'a pas à attendre que l'exécution de la convention lui soit demandée. S'il devait attendre jusque là, en effet, l'exercice de l'action ne dépendrait pas de lui sinon de son adversaire, lequel pourrait lui en faire perdre tout le bénéfice en attendant l'expiration du délai fixé par la loi pour exiger ensuite l'exécution de la convention. Nous verrons toutefois que le fondement de cette action, comme de toutes les autres, se trouve dans un principe plus général, implicitement contenu dans notre droit, et que l'art. 1304, si vraiment il prévoit les actions préventives en nullité, ne le fait que d'une façon incidente.

Pour déterminer les personnes auxquelles appartient cette action, il faut faire une distinction entre les vices qui peuvent entacher la convention. S'il s'agit d'un vice subjectif, tenant à l'une des personnes qui contractent, seule cette personne pourra demander devant les tribunaux l'annulation de l'acte. Il en sera ainsi lorsque la personne qui a passé le contrat était incapable, ou bien lorqu'elle a été victime d'une erreur, d'une violence, ou d'un dol. Son co-contractant ne pourra pas agir préventivement (1), ni invoquer une exception de nullité.

S'agit-il, au contraire, d'un vice objectif, tenant à l'acte lui-même, les deux cocontractants pourront invoquer la nullité, soit à titre préventif, soit par voie d'exception. Il en sera

(1) Cette affirmation est d'ailleurs fort discutable. On peut se demander, en effet, si le cocontractant ne peut pas exercer une action préventive en validité ou en nullité de l'acte. C'est là le problème des actions interrogatoires que nous traiterons plus loin, cf. chap. IV, sect. I.

ainsi, par exemple, lorsque la convention est nulle pour défaut d'objet ou pour cause illicite, ou bien lorsqu'une formalité *an substantiam* n'a pas été observée.

Cette distinction est d'ailleurs naturelle. Elle découle du motif en vertu duquel la loi consacre la règle sanctionnée par la nullité. Le motif de cette règle peut être d'ordre général ou d'ordre particulier. Dans le premier cas la règle est destinée à protéger un plus grand nombre de personnes que dans le deuxième. La distinction entre vice subjectif et vice objectif n'est donc autre que celle à la base des nullités absolues et des nullités relatives. Le cadre des ayants-droit à l'action préventive serait plus large dans celle-là que dans celles-ci.

Certains auteurs prétendent que l'action préventive n'est possible que dans l'hypothèse d'un acte simplement annulable. Lorsqu'il s'agit d'un acte inexistant, ou d'une nullité de plein droit, l'exercice de cette action ne serait plus possible. Les raisons qu'on en donne sont les suivantes. L'acte annulable créerait un lien contractuel provisoire d'où résulterait pour l'une des parties l'obligation tacite de venir défendre à l'action préventive, Celle-ci existerait donc, elle aurait son fondement dans l'acte annulable lui-même et serait de nature mixte (1). L'acte inexistant, au contraire, ne saurait créer aucun lien contractuel, aucune obligation à l'égard des parties ; c'est un néant, Ici donc, pas d'action possible, l'intéressé n'a qu'à attendre qu'on lui demande l'exécution pour opposer l'inexistence de l'acte. On ajoute encore que pour intenter une action il faut justifier d'un droit et que dans le cas d'inexistence l'intéressé ne saurait invoquer,

(1) Cf. E. Hartemann. *Etude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables*, thèse, Nancy, 1889, p. 320 s.

à la base d'une prétendue action en déclaration d'inexistence, un tel droit. (1)

Cette opinion est loin d'être juste. Le fait que l'acte annulable créerait une obligation de venir défendre et l'acte inexistant n'en créerait pas une ne doit pas être pris en considération. Ce qui doit être pris en considération c'est l'apparence créée par l'acte. Ainsi, l'acte annulable crée une apparence qui ne disparaît qu'en justice. C'est pourquoi une action est accordée à la partie intéressée, Mais l'acte inexistant, ou nul de plein droit, ne crée pas moins une apparence analogue, du moins une apparence de fait contre laquelle l'intéressé a le droit de se défendre. C'est seulement lorsque cette apparence fait défaut que l'action peut être refusée pour absence d'intérêt. Dès qu'elle existe, par contre, l'action doit être accordée quel que soit l'acte, annulable, inexistant ou nul de plein droit. Quant à l'argument tiré de l'absence de droit à faire valoir, nous verrons, par la suite, qu'il n'est pas toujours facile de déterminer ce droit, qu'une action peut exister sans impliquer un droit à sa base.

L'opinion que nous avons analysée aboutirait, ensuite, à un résultat illogique dans son application. En effet, l'inexistence et la nullité de plein droit sont les sanctions des règles légales les plus importantes. Elles doivent donc être ouvertes à tous. Or ce sont justement ces sanctions que le système exposé affaiblit. Ainsi, plus la sanction mériterait d'être assurée, et moins les ayants-droit auraient le moyen de la faire respecter. C'est évidemment méconnaître le rôle sanction que les nullités sont destinées à jouer.

En fait, la jurisprudence ne distingue pas suivant qu'il s'agit d'actes annulables, inexistants ou nuls de plein droit. Du moment que ces actes sont viciés, les tribunaux accordent indistinctement l'action préventive en nullité. (2).

---

(1) Cf. J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, thèse, Lyon 1897, pp. 221 ss.

(2) Cf. R. Japiot, *op. cit.* p. 413, note 1

§ 4. — De l'intervention en justice

Une personne peut spontanément se mêler à une instance à laquelle elle n'était pas partie, ou bien être contrainte à y intervenir par des personnes déjà parties à cette instance. Dans le premier cas l'intervention est dite volontaire, dans le second elle est forcée.

L'intervention volontaire a été prévue dans les art. 339 à 341 et 466 du Code de procédure civile. L'intervention forcée, au contraire, n'est prévue par aucun texte. Comme d'autre part elle présente un caractère particulier, qu'elle contraint celui qui en est l'objet à agir contre son gré, on a pu se demander si elle était licite. La jurisprudence et la majorité de la doctrine l'admettent cependant d'une façon très large. L'intervention forcée a pour elle, en effet, la force de la tradition et les principes de la connexité. Au surplus, la demande incidente en garantie, prévue par nos Codes, n'est autre chose qu'un cas particulier de ce mode d'intervention.

L'intervention en justice, lorsqu'elle est volontaire, a toujours un caractère préventif. Elle a alors pour but, en effet, de sauvegarder des intérêts qui pourraient être compromis par le jugement à rendre dans un procès. Le principe de l'effet relatif de la chose jugée, qui rend les jugements inopposables aux personnes qui n'ont pas été parties à l'instance, ne constitue pas toujours une protection suffisante pour les tiers. Ainsi, par exemple, un héritier apparent réclame le paiement d'une créance héréditaire au débiteur. Celui-ci est condamné à payer. Sans doute le jugement rendu dans cette cause ne sera pas opposable au véritable héritier. Mais le débiteur pourra lui opposer l'art. 1240 du C. civ. d'après lequel le paiement fait de bonne foi au possesseur de la créance est valable. En vain le véritable héritier invoquerait-il la fin de non-recevoir tirée de l'autorité relative du jugement rendu ; l'inévitable est arrivé et il doit en subir les

conséquences. Au contraire, s'il intervient au procès, non seulement il peut empêcher le tribunal de rendre un jugement qui lui soit préjudiciable, mais encore il peut obtenir que le jugement soit rendu à sa faveur.

L'intervention volontaire est donc un moyen préventif, elle empêche les juges de statuer dans un sens défavorable aux intérêts de l'intervenant. Sans elle, le tiers n'aurait qu'un moyen de se protéger contre les jugements susceptibles de leur porter préjudice : c'est de former tierce opposition à ces jugements. Mais cette voie de recours n'est qu'un moyen réparateur, elle suppose que le jugement a été rendu et ne prévient nullement certains inconvénients comme celui de l'exemple précédent.

Quant à l'intervention forcée, elle peut quelquefois ne pas être préventive. Il en est ainsi, par exemple, lorsque l'intervenant cherche seulement la condamnation de celui qui est mis en cause. Tel est le cas de la demande incidente en garantie. Mais d'autrefois l'intervention forcée a pour but de rendre un jugement opposable à un tiers et empêcher ainsi une tierce opposition éventuelle. Par la même occasion l'intéressé évite les frais d'un deuxième procès. Elle est alors un moyen préventif destiné à protéger non pas les intérêts d'un tiers au procès, mais les intérêts d'une des parties à ce procès. Elle constitue l'arme préventive contre les inconvénients de la tierce opposition et apparaît ainsi comme corrélative à l'intervention volontaire.

L'intervention en justice n'est au fond que l'exercice, dans une instance pendante, d'une action que l'intervenant pourrait intenter séparément par voie principale. Mais son utilité vient précisément du fait que c'est une véritable action exercée par voie incidente. Elle a pour effet de transformer l'action principale. *Au lieu d'attendre, pour agir, que le jugement soit rendu, que le préjudice soit causé*, l'intéressé prend les devants et agit à titre préventif dans le procès. Sous forme d'intervention il exerce une véritable action préventive incidente.

L'intervention en justice est possible devant tous les tribunaux, même en cassation et en référé. Elle est aussi possible en tout état de cause pourvu qu'elle ne retarde pas le procès principal. En ce qui concerne ses conditions de recevabilité, il faut distinguer suivant que l'intervention est volontaire ou forcée. Pour les conditions de l'intervention volontaire, il n'y a qu'une seule disposition dans nos Codes, c'est celle de l'art. 466 du C. de proc. civile. Aux termes de cet article, tel qu'il a été modifié par la loi du 23 mai 1942, pourront intervenir en cause d'appel tous ceux qui justifieront d'un intérêt (1). L'intervention en cause d'appel étant la plus délicate, on peut déduire qu'en première instance elle sera au moins aussi largement admise qu'en appel. Et en effet, la jurisprudence a toujours décidé, même avant la loi du 23 mars 1942, qu'en première instance un simple intérêt suffit pour être admis à intervenir (2).

Cette condition de recevabilité, réduite à un simple intérêt, a paru trop large à certains auteurs, lesquels soutiennent qu'à côté des avantages de l'intervention volontaire il y a des inconvénients qu'il faudrait supprimer. Ainsi l'intervention aboutit à l'abrogation des règles de la compétence, elle échappe au préliminaire de conciliation et risque parfois de retarder le procès principal. Il y aurait donc lieu de la limiter par des conditions plus étroites et exiger, à côté d'un

---

(1) D'après l'art. 466 ancien, aucune intervention ne pouvait être reçue si ce n'était de la part de ceux qui avaient le droit de former tierce opposition. Ainsi l'intervention volontaire devait être moins largement admise en appel qu'en première instance. Une telle disposition législative procédait sans doute du souci de faire respecter le double degré de juridiction. Cependant, ce souci n'empêchait pas la jurisprudence d'admettre l'intervention volontaire aussi largement en appel qu'en première instance, car elle décidait qu'un simple préjugé défavorable suffisait pour motiver une tierce opposition et, par suite, pour intervenir en appel. (Voir *infra*, p. 52 note 2). La loi du 23 mai 1942 n'a fait donc que consacrer la solution jurisprudentielle.

(2) Cf. Req, 10 nov. 1874, S. 1875.1.360 ; Civ. 8 mai 1878, S. 1878.1.395 , 1er juin 1890, S. 1891.1.401 ; 10 mai 1921, S. 1922. 1.18 ; Douai, 18 oct. 1932, S. 1933.2 72.

intérêt légitime et connexe, l'existence d'un droit propre à faire reconnaître ou à protéger. Cette condition supplémentaire serait nécessaire au moins pour l'intervention volontaire agressive. Pour l'intervention volontaire accessoire, où l'intervenant est subordonné à l'une des parties et n'exerce aucune action particulière, on pourrait s'en passer et se contenter d'un simple intérêt.

Lorsqu'il s'agit de l'intervention forcée, les conditions de recevabilité sont encore plus difficiles à établir. C'est qu'ici il y a silence complet des textes. On a vu, d'autre part, que ce mode d'intervention prive l'intervenant du bénéfice de ses juges naturels et le contraint à agir avant qu'il ne l'ait prévu. Pour ces raisons, certains auteurs considèrent l'intervention forcée comme une action provocatoire et vont jusqu'à se demander si elle est licite. En tout cas, ils pensent qu'elle devrait être moins largement admise en première instance que l'intervention volontaire. En principe, il en serait ainsi, la jurisprudence admettant que seules peuvent être mises en cause les personnes auxquelles pourrait préjudicier le jugement à intervenir et qui, par suite, auraient le droit de former tierce opposition à cette décision (1). En fait, il n'en est rien, car la jurisprudence accorde le droit à la tierce opposition d'une façon très large : elle admet qu'un simple préjugé défavorable, c'est-à-dire un préjudice éventuel, peut suffire pour la tierce opposition et par suite pour forcer une personne à intervenir (2). De la sorte, l'intervention forcée, comme l'intervention volontaire, n'est soumise qu'à une seule condition : celle d'un intérêt légitime et connexe au procès principal.

---

(1) Cf. Req. 9 mars 1903. D. 1903.1,576.

(2) Voy. Req. 6 août 1862. S. 1862.1.773 ; Civ. 8 juillet 1889, S. 1890.1.316 ; Req. 3 juin 1919, S. 1920. Somm. 1.2.

Et cette condition paraît même suffisante pour la recevabilité de l'intervention forcée en appel. La jurisprudence décide, en effet, que l'intervention forcée est corrélative à l'intervention volontaire et que dès lors on peut appeler en cause en appel tous ceux qui pourraient intervenir volontairement dans l'instance (1). Le projet de réforme du Code de procédure civile de 1894 contenait une disposition aussi large lorsqu'il disposait que *toute* personne peut être assignée en vue d'une déclaration en jugement commun.

SECTION 2

Actions en vue de prévenir le dépérissement des preuves

La sauvegarde des preuves est aussi importante que la préservation des droits. Un droit sans preuve équivaut, en effet, à son absence même. Le législateur et la jurisprudence l'ont bien compris en prévoyant expressément des actions en vue de constater et conserver certains faits périssables. Ce sont, essentiellement : l'action préventive en désaveu, l'action en vérification d'écritures privées, l'action de l'art. 2263 C. civ. et les enquêtes et expertises à futur.

§ 1. — L'action préventive en désaveu

Supposons qu'une femme mariée mette au monde un enfant adultérien et ne le déclare pas, ou bien le déclare sous de faux noms ou comme né de père et de mère inconnue. Au cours de sa vie, cet enfant pourra intenter une action en réclamation d'état et, s'il prouve qu'il est né de sa mère, il aura pour père légitime le mari de celle-ci : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant*. Il bénéficiera ainsi de tous les avantages résultant de sa filiation légitime avec son prétendu père, à moins que celui-ci réussisse à le désavouer.

(1) Cass. req. 23 juillet 1930, S. 1931. 1.84.

Ce désaveu sera facile à faire lorsque l'enfant prend lui-même l'initiative de la réclamation. L'art. 325 du Code civil dispose, en effet, que lorsqu'un enfant n'a ni titre ni possession d'état, la preuve contraire pourra être faite par tous les moyens propres à établir que le réclamant n'est pas l'enfant de la mère qu'il prétend avoir, ou même, la maternité prouvée, qu'il n'est pas l'enfant du mari de la mère.

Il y a là une action en désaveu exercée par voie d'exception et qui suppose la mise en cause du mari ou son intervention volontaire. Cette action est bien préventive en tant que constituant une intervention en justice, mais elle est incidente et dépend d'un procès que l'enfant pourrait ne pas intenter. Or l'enfant adultérien, qui désirerait venir à la succession du mari de sa mère, se gardera bien de provoquer l'intervention de celui-ci et pour cela il réservera son action en réclamation d'état pour le jour où le mari sera décédé ou, tout au moins, pour le jour où il n'aura plus les moyens de le désavouer. Alors se pose la question de savoir si le mari, qui apprend que sa femme lui cache la naissance d'un enfant adultérien, n'a pas le droit de prendre les devants et de démontrer sa non-paternité.

Répondant à cette question, une jurisprudence constante décide depuis longtemps que le mari n'a pas besoin, pour agir, d'attendre l'action en recherche de maternité de l'enfant adultérien, qu'il peut désavouer cet enfant aussi bien par voie d'action que par voie d'exception (1). On reconnaît donc au mari une action préventive et principale en désaveu, action d'un intérêt capital puisqu'elle a pour but d'éviter le dépérissement des preuves et de préciser une situation dont l'incertitude pourrait être néfaste à la bonne intelligence de la famille légitime.

---

(1) Voir : Req. 4 fév. 1851, S. 1851.1.208 ; 14 fév. 1854, S. 1854.1.225 ; 9 mai 1864, S. 1864.1.309.

Jusqu'en 1921, les tribunaux donnaient pour fondement à cette action les articles 312 et suivants du Code civil. Toutes les règles de preuve et de procédure prévues par ces textes devaient donc logiquement être observées. En particulier, l'action devait être exercée dans les délais très brefs des articles 316 et 317, elle ne pouvait pas être intentée par les héritiers du mari (défaut d'intérêt né et actuel, disait-on), enfin on devait administrer les preuves des articles 312 et 313. Cependant la jurisprudence n'était pas partout la même et certains arrêts admettaient que les délais prévus par les articles 316 et 317 ne couraient pas lorsque l'action était intentée par le mari parce qu'elle restait "facultative" jusqu'à la recherche de maternité (1).

Depuis 1921 une jurisprudence plus logique s'est établie sur l'action préventive en désaveu (2). Cette jurisprudence rattache l'action non plus aux articles 312 et suivants, mais à l'article 325 ; interprétation beaucoup plus juste que la précédente. En effet, les dispositions des articles 312 et suivants supposent que la filiation maternelle est constatée. Or il ne s'agit pas de ce cas dans l'exercice de l'action préventive en désaveu. Celle-ci n'est accordée que lorsque l'enfant dont il s'agit n'a ni titre ni possession d'état, ou bien lorsqu'il est déclaré sous de faux noms. Il était donc juste que la jurisprudence rattachât cette action à l'article 325 qui prévoit précisément une telle situation.

Il résulte de la nouvelle jurisprudence que l'exercice de l'action préventive en désaveu n'obéit plus qu'aux conditions de l'art. 325. En conséquence, tous les moyens de preuve sont désormais recevables, l'action n'est plus enfermée dans les délais des art. 316 et 317, enfin elle est ouverte à tous les intéressés et en particulier aux héritiers du mari. Ces conséquences découlent d'ailleurs du caractère préventif même de l'action en désaveu.

---

(1) Sic : Lyon, 21 janvier 1886, D. P. 1887.2.1. note de M. Flurer.
(2) Civ. 20 juillet 1921, D. P. 1921.1.233, note de M. Savatier.

Certains auteurs reprochent à cette action de constituer une action provocatoire et de faire revivre les anciennes enquêtes à futur. On soutient aussi qu'elle implique une action en recherche de la maternité et que celle-ci est irrecevable comme tendant à établir une filiation adultérine. Ces objections n'ont pas paru décisives à la jurisprudence laquelle, d'ailleurs, est approuvée par de nombreux auteurs.

§ 2. — L'action en vérification d'écritures privées

Le Code de procédure civile réserve à la vérification d'écritures privées un titre tout entier. L'art, 193 de ce titre consacre l'action principale en vérification d'écritures. Il est ainsi conçu : " Lorqu'il s'agira de reconnaissance et vérification d'écritures privées, le demandeur pourra, sans permission du juge, faire assigner à trois jours pour avoir acte de la reconnaissance ou pour faire tenir l'écrit pour reconnu ".

Cet article autorise donc toute personne, qui a des raisons de craindre que l'acte sous seing privé qu'elle se réserve le droit de faire valoir ne soit contesté par son auteur ou ses ayants droit, à agir à titre principal, avant toute contestation portant sur la sincérité de l'acte, en vue d'obtenir sa reconnaissance ou sa vérification.

L'intéressé commence toujours par agir en reconnaissance d'écritures, car il agit à titre principal et ignore si le défendeur reconnaîtra ou niera l'acte. Lorsque le défendeur reconnaît l'acte comme sien ou comme émanant de celui à qui on l'attribue, cet aveu dispense de la vérification. L'affaire s'arrête là et le tribunal se borne alors à donner acte de la reconnaissance au demandeur. Celui-ci devra payer les dépens, car on considère qu'il a agi à titre préventif, sans que le défendeur ait voulu lui causer le moindre frais.

Mais le défendeur peut nier la signature à lui attribuée ou déclarer ne pas reconnaître celle attribuée à un tiers. Dans ce cas l'action en reconnaissance d'écritures se transforme automatiquement en action en vérification. Un véritable litige surgit alors et l'on devra établir la sincérité de l'acte tant par titres que par experts ou par témoins. Ici encore le demandeur agit à titre préventif, puisque c'est lui qui a provoqué le procès au moment précis voulu par lui, avant l'échéance d'une créance, par exemple. Toutefois, il n'aura pas à payer les frais du procès si l'acte est vérifié, car on estime que, s'il a agi préventivement, la faute du procès n'est pas moins imputable à la mauvaise foi du défendeur.

Généralement l'action principale en vérification d'écritures est intentée par un créancier dont la créance est constatée par acte sous seing privé et qui redoute que son débiteur n'en dénie éventuellement la signature. Mais cette action peut aussi être exercée par un débiteur qui aurait, par exemple, retiré de son créancier une quittance sous seing privé et qui craint de sa part ou de la part de ses héritiers une contestation éventuelle sur la sincérité de la quittance. Le demandeur à la vérification d'écritures peut encore invoquer un droit réel constaté par acte sous seing privé et non seulement un droit de créance. Enfin, il a même été jugé qu'il est permis d'agir en vérification d'écritures pour essayer de connaître l'auteur d'une lettre anonyme susceptible de causer dommage au demandeur (1).

Le demandeur à l'action en vérification d'écritures peut avoir un grand intérêt à agir préventivement. Soit, par exemple, le créancier d'une dette à terme constatée par acte sous seing privé. S'il attendait pour agir en vérification, que le débiteur conteste son écriture, il devrait attendre le jour où la dette sera exigible. Mais le jour de cette échéance peut être plus ou moins éloigné et le créancier peut craindre que,

(1) Voir : Req. 10 mai 1927, S. chr. ; Douai, 18 février 1879, S. 1880.2.285 ; Toulouse, 5 août 1882, S. 1883.2.11.

à l'échéance, l'écrit soit contesté par le débiteur ou méconnu par ses héritiers. Cette crainte peut être d'autant plus fondée que le créancier a actuellement à sa disposition des preuves de la sincérité de l'acte qui pourraient disparaître à la date de l'échéance. En agissant préventivement en reconnaissance ou vérification d'écritures, non seulement il prévient le dépérissement des preuves, mais encore il obtient un titre nouveau ayant l'autorité de la chose jugée et conférant, à partir du jour de l'échéance de la dette, le bénéfice de l'hypothèque judiciaire. Il évite donc toute menace pour l'avenir et raffermit en même temps sa situation actuelle.

§ 3. — L'action de l'art. 2263 C. civ.

L'art. 2263 du Code civil dispose qu'après vingt-huit ans de la date du premier titre, le débiteur d'une rente peut être contraint à fournir à ses frais un titre nouveau à son créancier ou à ses ayants cause. Cet article a pour but d'empêcher le débit-rentier, en niant qu'il a payé les arrérages, d'invoquer la prescription de trente ans. Il consacre, en somme, en faveur du créancier d'une rente, une action destinée à prévenir le dépérissement des preuves. En effet, tant que le débiteur de la rente paye les arrérages, le crédit-rentier ne peut rien lui demander, car il accomplit son obligation. De même, tant que le créancier est en mesure de prouver le service des arrérages, le débit-rentier ne peut pas lui opposer la prescription de la rente. Mais voici que la seule preuve du paiement de ces arrérages par le débiteur se trouve, soit dans les quittances que le créancier lui donne, soit dans les registres domestiques où le créancier inscrit les paiements qui lui ont été effectués (1). Or les quittances sont aux mains du débiteur, qui, s'il invoque la prescrition, se gardera bien de les

(1) La preuve par témoins n'étant admise que s'il y a un commencement de preuve par écrit.

produire, et les mentions des registres domestiques ne font pas foi en justice au profit du créancier. Celui-ci n'a donc, pratiquement, qu'un moyen de se défendre contre le dépérissement de son premier titre, c'est d'agir préventivement, avant toute prescription, en vue d'un titre nouveau.

§ 4. — Enquêtes et expertises à futur

Comme nous le verrons par la suite, notre Code de procédure n'a prévu l'enquête et l'expertise, d'une façon expresse, qu'au cours d'une instance, c'est-à-dire comme une procédure incidente. L'enquête et l'expertise *in fururum*, en vue de litiges éventuels, paraissent, d'autre part, contraires à nos modes d'administration des preuves. Pour ces raisons, une partie de la doctrine et la jurisprudence elle-même sont hostiles à l'admisssion d'une procédure principale d'enquête et d'expertise.

Cependant, dans la vie pratique, l'intérêt est souvent grand, surtout pour celui qui est défendeur éventuel à une action qui le menace, de faire entendre un témoin très malade ou sur le point de partir pour un long voyage. De même, l'utilité n'est pas moindre de faire constater par expertise l'état actuel d'un immeuble ou d'une marchandise de façon à constituer un moyen de preuve indispensable à toute modification ultérieure et préjudiciable.

Ces considérations ont déterminé le législateur à admettre expressément, dans certains cas, l'action ayant pour objet de recueillir les dépositions de témoins en vue d'un litige futur. C'est ainsi que l'art. 106 du Code de commerce, en cas de refus ou de contestation de la marchandise transportée, accorde à l'une des parties une expertise destinée à vérifier et constater l'état actuel de la marchandise en vue d'un litige éventuel.

Quant à la jurisprudence, si elle est en principe hostile aux enquêtes et expertises à futur, en fait elle arrive, par

des procédés détournés, au résultat par elle prohibé. C'est ainsi qu'elle autorise les expertises en référé (1), avec mission pour les experts de s'entourer de tous renseignements utiles et d'entendre toutes personnes pouvant les éclairer. Rien n'empêche ensuite cette expertise d'être utilisée dans une contestation ultérieure. Enfin, les tribunaux ont admis aussi la possibilité d'une enquête d'urgence ordonnée par le juge des référés au cas où une instance est pendante et où un témoin est susceptible de disparaître (2).

En admettant les enquêtes et les expertises à futur uniquement en référé, la jurisprudence semble ne les admettre qu'exceptionnellement. En fait, cependant, elle ne fait que confirmer, malgré elle, la règle de la recevabilité des enquêtes et des expertises à futur en vertu d'un intérêt légitime. En effet, ces mesures d'instructions ne sont ordonnées par les tribunaux qu'en cas d'urgence. Or, pour qu'il y ait un intérêt légitime à prévenir le dépérissement des preuves, il faut généralement qu'il y ait urgence. Les enquêtes et les expertises à futur rentrent donc naturellement dans la compétence du juge des référés.

CONCLUSION

Dans ce chapitre nous avons analysé les actions préventives essentielles, celles qui donnent lieu, dans la pratique judiciaire, aux applications les plus fréquentes. A côté de ces actions on peut encore en citer d'autres (3). Mais celles déjà citées nous suffisent à démontrer que notre droit connaît bien les actions préventives. Une question seulement,

---

(1) Voir : Cass. Req. 27 fév. 1935, D. H. 1935.194.

(2) Voy. : Trib. Tulle (référés) 1er juillet 1926, S. 1927.2.86 ; voy. aussi Besançon, 31 août 1844, S. 1845-2.615. Cet arrêt reçoit coucurremment une enquête et une expertise avant tout litige sur le fond du droit.

(3) Par exemple, les actions en reconnaissance de droits acquis, prévues par l'art. 128 de la loi du 8 avril 1910 ; l'action en déclaration d'hypothèque à laquelle fait allusion l'art. 2173 du C. civil ; les actions confessoires et négatoires de servitudes.

mais capitale, peut alors se poser. Les dispositions édictées par notre droit positif, à propos des actions préventives, sont-elles exceptionnelles ou, au contraire, sont-elles des applications d'un principe général ? En d'autres termes, les actions préventives existent-elles au delà des cas prévus par le législateur, ou bien le juge ne peut-il pas les admettre en dehors d'un texte formel ? Cette question générale se pose en particulier pour la recevabilité des actions interrogatoires et provocatoires, pour les actions déclaratoires ainsi que pour l'inscription de faux principal et les enquêtes et expertises à futur.

CHAPITRE III

Le Problème des Actions Préventives devant la Théorie Générale de l'Action en Justice

Nous avons déjà dit dans notre introduction que nos Codes ne disposent à l'égard des actions en justice d'aucune disposition générale. Ils ne contiennent que des dispositions éparses et incomplètes. En vain y chercherait-on des règles précises sur la nature, l'objet et les conditions de recevabilité de l'action. Ce silence du législateur semble d'ailleurs voulu : il lui a paru que les principes qui régissent les actions en justice sont plutôt des notions doctrinales que des prescriptions législatives (1).

Pour répondre à la question que nous nous sommes posée, il faudra donc nous adresser à la doctrine et à la jurisprudence. Il s'agira pour nous de chercher, dans les principes généraux de notre Droit, quels sont les principes fondamentaux qui régissent les actions. Pour cela nous serons amenés à reprendre dans sa presque totalité la théorie générale de l'action. Il nous paraît impossible de donner une réponse correcte au problème particulier de l'action préventive sans procéder de la sorte.

Quels sont donc, à l'heure actuelle, les principes fondamentaux de l'action en justice ? Ces principes doivent être envisagés à deux points de vue. D'abord, en ce qui concerne la nature et le fondement de l'action. Ensuite, en ce qui concerne les conditions nécessaires pour agir en justice.

(1) C'est ce qu'on peut déduire du fait que le législateur n'a pas cru devoir convertir en dispositions législatives les observations que la Cour de cassation avait faites sur le projet de Code de procédure civile, cf. S. 1809. 1.1.

SECTION I

Nature et Fondement de l'Action en Justice

Qu'est-ce que l'action en justice ? Quel est son fondement ? Telles sont les premières questions que nous devons nous poser. De leur réponse dépendra la solution de notre problème. La réponse à ces questions a été d'ailleurs fort délicate, car depuis que l'action existe on n'a pas réussi à en faire une analyse adéquate. Aussi les discussions sur cette matière sont très vives. Deux écoles principales se partagent la controverse : l'école classique, pour qui l'action n'est qu'un aspect du droit, et l'école dissidente, qui distingue nettement l'action du droit.

§ I. — L'Ecole Classique

L'action est définie traditionnellement comme étant le droit de poursuivre en justice ce qui nous est dû ou ce qui nous appartient. Cette définition n'est autre que celle du Droit Romain : *Jus persequendi judicio quod sibi debetur.* Ainsi définie, l'action est apparue à l'école classique comme un recours à la justice en vue de la protection d'un droit méconnu ou violé. Dans cette conception l'action est toujours considérée comme la sanction d'un droit subjectif. Elle ne devait donc pas tarder à se confondre avec celui-ci. En effet, la sanction étant le corollaire du droit, le droit implique l'action, elle lui est inhérente (1). D'où la définition à laquelle l'école classique aboutit : l'action n'est que le droit qui se met en mouvement lorsqu'il est violé, ou encore le droit à l'état dynamique.

(1) Voy. M. H. Vizioz, *Observations sur l'étude de la procédure civile*, 1ère partie, p. 37.

Le droit apparaît ainsi comme le fondement, comme la substance même de l'action en justice. Dès lors, si l'on veut voir en lui une condition de l'action, c'est comme une condition *d'existence* qu'il faut l'envisager. Point de droit, point d'action, parce que l'action, étant la mise en œuvre d'un droit préexistant, étant le droit lui-même déduit en justice, ne peut pas exister sans ce droit.

Mais une telle conception de l'action est erronée. Elle nous oblige à chercher un droit subjectif à la base de toute action, à rejeter celle-ci lorsque le droit qui lui servirait de base n'est pas apparent, ou bien à inventer de toutes pièces ce droit lorsque l'existence de l'action dont il s'agit ne peut pas être contestée (1). Au surplus, si le droit et l'action se confondaient, il en résulterait une série de conséquences contraires à la réalité des choses. Ces conséquences seraient notamment : qu'il n'y a pas de droit sans action ni d'action sans droit ; qu'il n'y a qu'une action pour un droit ; que le droit et l'action naissent et disparaissent ensemble.

Or les faits démentent ces conclusions. On s'aperçoit vite, en effet, que le droit et l'action n'ont pas du tout une vie liée. Au contraire, le droit peut survivre à l'action. Il en est ainsi notamment lorsque l'action est éteinte par la prescription : on admet alors que le droit survit à l'état d'obligation naturelle. De même, le droit a une nullité, dont l'action se prescrit par dix ans, subsiste après ce délai et peut être invoqué par voie d'exception.

Contrairement à la formule traditionnelle " un droit, une action ", on trouve souvent plusieurs actions en vue de pro-

---

(1) C'est ainsi qu'on aurait inventé le " droit à la repression " pour justifier l'action publique, le " droit de critique " pour justifier l'action préventive en nullité. On aurait de même imaginé des droits subjectifs à la base du recours pour excès de pouvoir, des actions d'état et des actions en réparation d'un délit ou d'un quasi-délit. Cf. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I., § 22, p. 244-247 ; t. 2, § 31, p. 478-479, cité par M. Vizioz, *Observations*, 2ème partie, p. 92 et s.

téger un même droit. Ainsi le droit de propriété peut donner lieu tantôt à une action en revendication, tantôt à une action négatoire, tantôt à une action en dommages-intérêts. Le cumul de l'action publique et de l'action civile à propos d'une même infraction constitue encore un autre exemple.

Enfin, l'assertion suivant laquelle il n'y a pas de droit sans action ni d'action sans droit n'est pas plus fondée que les autres.

C'est ainsi qu'on peut trouver des droits non munis d'actions. Les obligations naturelles et les dettes de jeu et de pari sont des exemples frappants. De même, on trouve des actions dont on ne saurait déterminer le droit qui leur sert de base. Telles sont, par exemple, les actions d'état, le recours pour excès de pouvoir, les actions en réparation d'un délit ou d'un quasi-délit (1).

Devant ces faits et plusieurs autres, que nous verrons par la suite, il était impossible de continuer à soutenir que l'action soit la mise en œuvre d'un droit préexistant. Les processualistes se partagèrent alors en deux camps. Un premier groupe continua dans l'ancienne voie, affirmant qu'il était oiseux de chercher entre le droit et l'action autre différence que celle existant entre l'état statique et dynamique d'une même chose (2). Le deuxième groupe s'efforça, au contraire, de faire une distinction entre le droit et l'action. Malheureu-

(1) Ces actions n'impliquent nullement un droit subjectif. Voy. Duguit, *op. cit., loc. cit.*, cité par M. Vizioz, *op. cit., loc. cit.*

(2) Par exemple : Garsonnet et Cézar-Bru, *Traité théorique et pratique de procédure civile*, t. I, n° 351 ; M.P. Cuche, *Précis de procédure civile et commerciale*, n° 127 ; M. R. Japiot, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, n° 59 ; M. L Crémieu, *Précis théorique et pratique de procédure civile*, p. 76. Tous ces auteurs pensent qu'il n'y a pas d'autre différence entre le droit et l'action que celle de l'état dynamique et de l'état statique du droit.

sement, il ne parvint qu'à des contradictions (1), n'ayant pu dégager ni la nature ni le fondement de l'action. Il dut se contenter d'affirmer purement et simplement cette différence en disant que l'action est un droit propre, distinct du droit qu'on fait valoir en justice. Le droit apparaissait alors à ces auteurs comme une condition de *recevabilité* de l'action, sans qu'on pût appuyer cette affirmation par des arguments solides.

Pourtant, si le droit et l'action sont deux choses différentes, s'ils ne se confondent pas, il faut bien pouvoir en faire la distinction. Quel est donc la vraie nature et le vrai fondement de l'action en justice ? C'est à la solution de ce problème que s'est appliquée une école moderne que nous appellerons l'école dissidente.

§ 2. - L'Ecole Dissidente (2)

Les membres de cette école s'accordent tous pour reconnaître que l'action est quelque chose de distinct du droit que l'on fait valoir en justice, mais ils ne s'entendent plus en ce qui concerne la notion propre de l'action. Alors que pour les

---

(1) Par exemple, le doyen Glasson, dans son *Précis théorique et pratique de procédure civile* (t.I, n° 226), écrit : « Il ne faut pas non plus confondre l'action avec le droit qu'elle garantit ; quoique l'action soit un droit, elle se distingue cependant très nettement de celui qu'elle sanctionne. D'un autre côté, si toute action suppose un droit qu'elle garantit, il y a cependant parfois des droits qui ne sont pas pourvus d'actions... L'action étant la garantie d'un droit, présente nécessairement, par cela même, les plus grandes affinités avec ce droit et en prend la nature. Toute action est indissolublement attachée au droit qu'elle sanctionne ».

« Alors, se demande M. Vizioz (*Observations*, 1ère partie, p. 39) en quoi consiste la distinction très nette qu'il convient d'établir entre l'action et le droit qu'elle garantit ? Comment échapper à cette confusion contre laquelle l'auteur nous mettait si soigneusement en garde et qu'il ne semble pas avoir évité lui-même ? ».

Des contradictions analogues apparaissent parfois, ça et là, dans le *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile* de MM. Glasson et Tissier, ainsi que dans le *Traité élémentaire de procédure civile* de M. Morel.

(2) Cette école est composée, pour la plupart, de processualistes étrangers et, en France, de certains auteurs de droit public. Ce sont, en Italie : Mortara, Chiovenda, Carnelutti ; en Allemagne : Goldschmidt et d'autres ; en France : Duguit, Hauriou et Jèze. Nous y ajoutons l'éminent processualiste M. Henry Vizioz.

uns l'action s'analyse toujours en un droit subjectif (1), pour les autres l'action est essentiellement un pouvoir, objectif et impersonnel, d'user du service de justice (2)

Nous n'avons pas à rentrer ici dans les détails, souvent ardus, que chaque auteur avance à l'appui de sa conception. Il nous suffira d'adopter l'opinion dominante en France et qui est celle de nos auteurs de droit public suivant laquelle " l'action, pouvoir général, directement accordé par le droit objectif, présente, quel que soit l'aspect sous lequel on l'envisage, un caractère nettement objectif " (3).

En effet, d'après l'école dissidente, si l'on va jusqu'au fond des choses, on s'aperçoit que le fondement naturel et primitif de l'action réside dans la controverse qui s'établit entre deux ou plusieurs personnes. Or cette controverse consiste dans l'affirmation, en sens opposé, d'une conduite conforme à la règle juridique et protégée par celle-ci (4). Dans le litige en présence, chacune des parties prétend agir, en effet, suivant la règle de droit, mais comme leurs opinions sont contraires et qu'elles ne peuvent pas toutes être dans le vrai, il devient nécessaire de recourir aux tribunaux de façon à mettre fin à leur contestation.

Il en résulte que l'action en justice prend naissance chaque fois que la règle de droit est en cause. Elle apparaît ainsi

---

(1) Tel est l'avis de Chiovenda, de Carnelutti et de Goldschmidt. Pour Chiovenda, l'action serait un droit subjectif vis-à-vis du défendeur. Pour Carnelutti, elle serait un droit subjectif des parties contre le juge. Enfin, pour Goldschmidt, l'action serait un droit subjectif à l'égard de l'Etat. Pour l'exposé et la critique de la doctrine de ces auteurs, cf. M. Vizioz, *Observations*, 2ème partie, p. 97, note 2, et p. 98, note 1.

(2) C'est le point de vue de M. Jèze, qui est d'ailleurs adopté par M. Vizioz lui-même (voir note suivante). Voy. aussi Duguit et Hauriou, commentés par M. Vizioz, *op. cit.*, p. 87 à 109.

(3) M. Vizioz *Observations*, 2ème partie, p. 109.

(4) Cf. Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. 2, nº 414.

comme une voie de droit générale, c'est-à-dire comme *un moyen établi pour assurer l'obéissance à la règle de droit par la mise en mouvement de la contrainte sociale* (1). L'action a donc pour fondement définitif cette règle de droit elle-même, c'est-à-dire le Droit tout court et non pas le droit subjectif, comme le croyait l'école classique. Et en effet, jadis, au temps de la justice privée, lorsqu'aucune règle de droit ne liait les hommes, point n'était besoin d'une action : si un litige surgissait, on se faisait justice soi-même. Mais du jour où des règles juridiques furent établies, que la justice privée fut interdite, dès ce jour l'action apparut. Sous peine de déni de justice, on ne pouvait pas la refuser.

Entre le droit subjectif et l'action il y a donc un grand trait. Nous sommes loin ici de la conception qui fait de l'action un aspect du droit. Sans doute, l'action soulève souvent une question de droit subjectif ; mais elle ne saurait se confondre avec ce droit puisqu'il s'agit précisément de savoir si un tel droit existe ou non dans l'espèce.

Et non seulement l'action ne se confond pas avec le droit que l'on fait valoir en justice, mais encore il n'est pas toujours nécessaire d'invoquer un droit pour agir. On peut en effet invoquer au même titre la loi ou un intérêt légitime. Le droit subjectif peut être considéré, nous le verrons, comme une condition de *réussite* de l'action quant au fond, non comme une condition d'existence, moins encore comme une condition de recevabilité. La condition d'existence de l'action, son fondement, se trouve dans la controverse qui s'établit entre les parties et, partant, dans la règle de droit que cette controverse met en cause.

§ 3. — Solution du Problème

Revenant à la question que nous nous sommes posée à la fin du chapitre précédent, nous pouvons maintenant y répondre. Il s'agissait, rappelons-le, de savoir si les actions pré-

(1) Voy. Duguit, *op. cit.*, t. I, § 25, p. 225 ; § 28, p. 299 ; § 35, p. 359 ; § 44, p. 476 ; t. 2, § 28, p. 433, cité par M. Vizioz, *Observations*, 2ème partie, p. 91.

ventives découlent de l'application d'un principe restrictif ou bien de l'application d'un principe général dont le juge peut être l'interprète.

L'action en justice, avons-nous dit, est un moyen établi pour assurer l'obéissance à la règle de droit. Elle rentre dans la faculté générale d'accomplir des actes conformes au droit et constitue ainsi une voie de droit générale. En conséquence, elle doit être largement accordée à tous les justiciables. Lorsque des prétentions sur une règle de droit ou sur une situation juridique sont soulevées, ces prétentions doivent être examinées, en effet, par un organisme compétent. Cet organisme ne pouvant pas s'en saisir de lui-même, il faut bien que les intéressés puissent, sans restrictions, porter à sa connaissance le sujet de leurs prétentions.

L'ouverture de l'action n'est donc pas subordonnée à une disposition expresse de la loi. Bien au contraire, pour que le juge refuse une action, il faudrait un texte formel, interdisant d'agir dans tel et tel cas. La recevabilité de l'action est la règle, son irrecevabilité est l'exception. Or nulle part dans notre droit nous ne constatons l'existence d'une disposition interdisant les actions préventives. Au contraire, nombreux sont les textes qui prévoient expressément ces actions. Les cas prévus par ces textes ne sont pas du tout des cas exceptionnels, ce sont des applications d'un principe général, des cas pour lesquels le législateur n'a pas voulu qu'il subsiste de doute. Ce qui va sans dire, on le sait, va encore mieux en le disant.

Mais, nous dira-t-on, si l'ouverture d'une action n'est pas subordonnée à une disposition expresse de la loi, il n'en est ainsi que pour les actions ordinaires. Lorsqu'il s'agit d'actions spéciales, comme celles ayant un caractère préventif, il n'en est plus de même (1). A quoi nous pourrons répondre que

(1) M. Japiot pense, par exemple (Rev. trim. de drt. civil, 1914, p. 682), « que l'action, dès lors qu'elle a un certain caractère préventif, revêt corrélativement un carractère un peu anormal, cesse de répondre à la théorie de

l'action préventive a la même nature et le même fondement que l'action ordinaire. Elle ne diffère de celle-ci que par son caractère préventif. Or, comme nous avons déjà eu l'occasion de le dire, le principe d'une justice répressive n'est pas plus naturel que celui d'une justice préventive. Dans notre droit positif, il n'est pas plus formel non plus. Nulle part il n'est écrit, en effet, qu'il faille un droit violé comme condition indispensable pour agir en justice.

Les actions préventives, comme les actions ordinaires, correspondent d'autre part à la notion essentielle de la juridiction (1). Le juge est tenu de rendre justice dans tous les cas. Il ne peut par refuser de juger sous prétexte que la loi est muette, obscure ou insuffisante (2). L'Etat a pour mission, en effet, d'assurer la paix sociale par le maintien de l'ordre juridique. Dès lors, par conséquent, qu'une personne allègue une incertitude sur l'application d'une règle de droit, ou bien encore un trouble dans la protection juridique qui lui est due, l'Etat manque à sa mission s'il ne fait pas cesser cette incertitude, ce trouble, au même titre que s'il ne faisait pas cesser une violation.

L'action en justice, disions-nous, en outre, est un moyen destiné à assurer l'obéissance à la règle de droit. Cette obéissance est due d'une façon *permanente et continue*. Elle doit consister dans une conduite toujours conforme à la règle de droit. Or on s'écarte de cette conduite non seulement lorsqu'on viole le droit objectif ou subjectif, mais encore lorsqu'on crée une situation précaire pour ceux-ci, ou bien lorsque le sentiment de l'obligation juridique émanant d'une règle ou d'une situation disparaît de l'esprit du sujet de droit (1). De là vient que l'Etat doit intervenir, si on le lui

---

principe de l'action en justice et ne saurait être prise comme type ou comme règle ». Mais quelle est cette « théorie de principe » à laquelle l'action préventive cesse de répondre ? Ce n'est autre que la théorie classique d'après laquelle l'action n'est que le droit qui se met en mouvement lorsqu'il est violé ou méconnu. L'action préventive n'impliquant pas un droit violé ou méconnu serait pour cela anormale. Nous avons cependant vu ce qu'il fallait penser d'un tel point de vue.

(1) Voir plus loin la notion de *doute juridictionnel*.

(2) Art. 4 C. civ.

demande, aussitôt que la règle de droit est mise en cause par des prétentions, sinon l'obéissance due à cette règle n'est plus assurée. L'Etat doit aux particuliers, en somme, une justice aussi bien préventive que répressive.

L'action en justice, qu'elle soit répressive ou préventive, découle donc d'un principe général qui consiste à accomplir des actes conformes au droit. Son exercice n'est pas subordonné à une disposition expresse de la loi. Mais il ne résulte pas de là, toutefois, qu'une action en justice soit ouverte sans réserve à tout le monde. Certaines conditions sont en effet nécessaires de façon à discipliner son exercice. C'est en étudiant ces conditions qu'on pourra justifier ou réfuter la légitimité des actions préventives. Quelles sont donc ces conditions ?

SECTION II

Conditions de l'Action en Justice

On dit communément que pour agir en justice il faut avoir un droit, un intérêt, qualité et capacité. Ce serait là quatre conditions nécessaires à l'action en justice. La doctrine et la jurisprudence se bornent à les exiger sans en donner aucune précision. Pourtant, il faut s'entendre lorsqu'on parle de conditions de l'action. Ces conditions sont-elles d'égale importance ? Sont-elles, du moins, des conditions spéciales ? D'après les auteurs il semblerait que oui ; ils en parlent indistinctement comme conditions d'exercice. Cependant, il n'est pas bien difficile de s'apercevoir que ces conditions ne peuvent pas toutes être considérées sur le même plan. Entre elles, une distinction s'impose. Nous nous proposons ici de fixer la place qui revient à chacune d'elles pour dégager ensuite la condition essentielle sur laquelle nous devons insister.

§ I. — Distinctions Préalables

C'est le moment de préciser ici notre terminologie juridique. On sait combien, en procédure civile, cette terminologie est insuffisante et peu précise. Le même mot est souvent employé dans des sens différents. Quelquefois il est même difficile de discerner les différentes nuances qu'il exprime. Il en est ainsi notamment en ce qui concerne l'action et ses conditions.

Qu'est-ce, au juste, que l'*exercice* d'une action ? Exercer une action, selon-nous, c'est la porter devant la juridiction compétente et la soutenir jusqu'à ce que le juge ait rendu la décision qui s'impose. L'exercice de l'action va ainsi du jour où le juge est saisi au jour où il tranche définitivement l'affaire. Le mot « exercice » entendu dans ce sens, il est juste de dire que le droit, l'intérêt, la capacité et la qualité sont des conditions d'exercice de l'action. Ces quatre conditions interviennent, en effet, au cours de son exercice.

Mais l'action, au cours de son exercice, passe par des phases successives fort distinctes. Ainsi l'action est portée d'abord devant la juridiction compétente. C'est ce qu'on appelle généralement la demande en justice (1) L'action est

---

(1) C'est une question des plus délicates que de savoir ce que c'est que la demande en justice. Certains auteurs la distinguent de l'action. La demande serait ainsi la « mise en œuvre de l'action », ou encore « la manifestation de volonté par laquelle s'exerce l'action ».

Nous pensons que cette distinction est purement formelle. Lorsqu'on parle de demande en justice, on a surtout en vue, en effet, la forme suivant laquelle on doit procéder pour saisir un tribunal. Mais cette différence de forme mise à part, il n'y a entre la demande en justice et l'action aucune différence substantielle.

La demande doit être considérée, en effet, non seulement dans sa phase initiale où le demandeur formule ses prétentions et où il la porte devant les tribunaux, mais encore dans sa phase finale où le tribunal rend la décision qui s'impose. La demande en justice subsiste jusqu'à cette dernière phase. Elle constitue le fond même de l'action et, pas plus que la défense en justice, ne saurait être quelque chose de distinct.

ensuite examinée quant à sa recevabilité. Cette recevabilité est-elle opportune ? Enfin, dans une troisième phase, l'action est examinée quant au fond. Le juge rend alors une décision qui sera favorable ou défavorable au demandeur suivant les cas.

On conçoit que pour chacune de ces phases, les conditions de l'action ne soient plus les mêmes. Ainsi, pour porter l'action devant la juridiction compétente, il ne saurait s'agir que de conditions de forme (1). Cette phase initiale de l'action doit en effet être largement ouverte aux parties. Au contraire, lorsqu'il s'agit de la deuxième ou de la troisième phase, c'est-à-dire pour que l'action soit recevable ou bien pour qu'elle aboutisse à un jugement favorable, des conditions plus substantielles sont nécessaires. C'est ici qu'on paraît exiger indistinctement le droit, l'intérêt, la qualité et la capacité. Mais nous allons voir que ces conditions ne sont pas toutes d'égale importance et ne correspondent pas toutes à une même phase de l'action.

I. — LA QUALITE.

Tout d'abord, la qualité n'est pas une condition spéciale de l'action, elle n'est qu'un aspect de l'intérêt. On verra, en effet, que l'intérêt doit revêtir certains caractères, notamment il doit être personnel et direct. Avoir qualité, ou avoir intérêt personnel et direct, sont deux expressions équivalentes (2).

Quelquefois aussi le mot « qualité » sert à désigner tantôt la capacité, tantôt le pouvoir de représentation (3). Mais, qu'on la prenne dans un sens ou dans l'autre, on s'aperçoit vite que la qualité n'est pas une condition spéciale de l'action.

---

(1). Par exemple, si un demandeur présentait sa demande oralement, ou bien s'il écrivait au président du tribunal, le juge n'est pas tenu de l'examiner. Voy. M. Vizioz, *Observations*, 2ème partie, p., 104, note 5.

(2). Cf. R. Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, p. 40 ; R. Bonnard, *Précis de droit administratif*, p. 263.

(3). Cf. Glasson et Tissier, *Traité théorique et pratique*, t. I, p. 437, note I ; R. Japiot, *Traité élémentaire* nos 69 et 70. Cette confusion résulte encore de l'inconvénient de notre terminologie juridique peu précise.

2. — LA CAPACITE.

Quant à la capacité, c'est une condition destinée à la protection des incapables. A ce titre elle est requise pour la validité de tout acte juridique. L'action en justice, comme les actes juridiques, entraînant des effets graves de conséquences, on conçoit que pour agir il faut être capable. Mais cette condition n'influe pas le moins du monde sur l'existence ou sur la recevabilité de l'action. L'action peut exister et être ouverte à l'incapable du moment qu'il a intérêt. L'incapacité a seulement pour conséquence que l'incapable ne peut exercer valablement son action sans avoir été dûment habilité ou représenté. S'il agit autrement, l'instance serait irrégulièrement engagée et la décision rendue pourrait être réformée (1)

La capacité n'est donc pas, comme l'intérêt, une condition spécifique de l'action ; c'est une condition de validité de l'instance.

3. — LE DROIT.

Le droit n'est pas, lui non plus, une condition spécifique de l'action. Nous devons cependant insister davantage sur lui. D'abord, parce que, sans être une condition primordiale, il ne constitue pas moins une condition spéciale. Ensuite, parce qu'il nous faut faire la part qui lui revient en tant que condition. Les avis à cet égard sont, en effet, très partagés.

Quelle sorte de condition le droit constitue-t-il ? Sur cette question les auteurs, en général, ne donnent guère de précision. Ils se bornent seulement à dire que pour intenter une action il faut un droit. Pas de droit, pas d'action.

---

(1). Encore la nullité de la procédure et du jugement ne peut être opposée, par voie de recours, que par l'incapable et ses héritiers. L'adversaire de l'incapable ne peut pas s'en prévaloir. (Cass. Civ., 4 nov. 1901, S. 1903. 1. 293 Cass. req. 9 mai 1910, S. 1911. 1.110) Celui qui plaide contre un incapable doit donc veiller, par voie d'exception, à ce que cet incapable soit valablement représenté, assisté ou autorisé. Cela nous montre bien que la capacité n'est pas à proprement parler une condition intrinsèque de l'action.

Pour l'école classique cette assertation paraît évidente puisque l'action n'est que le droit déduit en justice. Mais alors, comme le constate M. Vizioz (1), si l'action n'est que le droit déduit en justice, il serait incompréhensible de considérer le droit comme une condition de l'action ; le droit, ce serait l'action tout court. Aussi comprend-on que cette condition tend à disparaître peu à peu dans les ouvrages récents.

Toutefois, certains auteurs, notamment ceux qui se sont efforcés de distinguer l'action du droit, continuent à considérer celui-ci comme une condition. Pour eux, le droit est une condition de *recevabilité* de l'action. Le juge, avant d'examiner au fond les prétentions portées devant lui, devrait chercher si le demandeur a un droit. Le droit est ainsi mis sur le même pied que l'intérêt.

Malheureusement, l'opinion de ces auteurs ne s'est manifestée que sous la forme d'une simple affirmation. Ils n'arrivent pas à expliquer pourquoi le droit est une condition de recevabilité de l'action. Ils se contredisent sur toute la ligne et laissent planer un silence décevant partout où des précisions s'imposent. Cela tient, comme nous l'avons déjà signalé, à ce qu'ils n'ont pas réussi à dégager la vraie nature de l'action. Celle-ci leur apparaît tantôt comme un droit propre, tantôt comme un aspect du droit qu'on fait valoir en justice.

Qu'est-ce donc, en définitive, que le droit ? Nous préférons l'opinion suivant laquelle le droit est une condition de *réussite* de l'action, une condition de son succès au fond (2). Si le demandeur veut que son action triomphe, qu'on satisfasse à sa demande, dont l'objet n'est autre qu'un jugement favorable, il devra justifier de ses prétentions, faire la preuve du droit qu'il invoque, ou de l'atteinte qui lui a été portée. S'il échoue dans cette démonstration, le juge aura bien

(1) *Observations*, 1ère partie, p. 41.

(2) Cf. M. Vizioz, *op. cit.*, 2ème partie, p. 96, voir aussi 1ère partie, p. 44, note 3.

déclaré l'action recevable, s'il a constaté la présence d'un intérêt légitime pour le demandeur, mais, statuant sur le fond de l'affaire, il la déclarera ensuite non fondée, le demandeur n'ayant pu justifier du droit qu'il réclame. Le juge rendra, en somme, un jugement défavorable au demandeur.

Ainsi le droit nous apparaît comme une condition qui doit être examinée au cours du procès, qui fait l'objet même de ce procès. Il ne constitue pas, comme les autres conditions de l'action, une question préliminaire, à être examinée au seuil de l'instance. Avant d'établir si le demandeur a vraiment un droit, si celui-ci a été violé ou menacé, le juge doit d'abord examiner l'affaire au fond, il doit, en un mot, résoudre le procès. C'est seulement après cet examen et au moyen de cet examen qu'il pourra établir la légitimité des prétentions du demandeur (1). Auparavant il est trop tôt pour savoir si le demandeur a un droit ou non.

Le droit subjectif n'est donc pas une condition de recevabilité de l'action. L'action suppose peut-être un droit en litige, mais ce n'est qu'un droit prétendu. L'existence réelle du droit n'est exigée que pour le succès au fond de l'action, et encore ceci n'est pas vrai dans tous les cas. Nous avons vu, en effet, qu'il y a des actions pour lesquelles on ne saurait pas invoquer un droit subjectif (2).

---

(1). Cf. Mortara, *Commentario*, vol. 2, n° 458 et la note 1.

(2). Exemples : les actions d'état, les actions en réparation d'un délit ou d'un quasi-délit, les actions en nullité, les recours pour excès de pouvoir, l'action publique. De même, lorsqu'un syndicat professionnel agit dans l'intérêt collectif de la profession, il n'a pas à invoquer un droit pour agir. Cf. M. Vizioz, *Observations*, 2me partie, p. 92-95.

D'après M. Vizioz, les processualistes ont cru à tort que l'action en justice impliquait toujours un droit subjectif parce que, dans le procès civil où ils avaient coutume de raisonner, le juge est souvent amené à trancher des questions de droit subjectif. Par contre, les auteurs de droit public étaient mieux placés pour se rendre compte qu'il n'en était pas toujours ainsi. Habitués à raisonner en matière publique où on agit généralement pour la défense de la légalité, ils devaient s'apercevoir que même en matière civile il y a place pour un contentieux objectif.

Nous venons de voir qu'entre les conditions de l'action il fallait faire une distinction. La qualité n'est pas à proprement parler une condition spéciale, elle n'est qu'un aspect de l'intérêt. Quant à la capacité, c'est une condition de validité de l'instance plutôt qu'une condition de l'action. Il restait ainsi le droit et l'intérêt comme conditions essentielles. Nous avons vu ce que c'était que le droit. Voyons maintenant ce que c'est que l'intérêt.

§ 2. — De l'Intérêt

L'intérêt constitue à lui seul la condition spécifique et intrinsèque de l'action. C'est la véritable condition de recevabilité. Lorsqu'une personne agit en justice, elle agit en vue d'obtenir une décision du pouvoir juridictionnel. Or, pour rendre un jugement, les tribunaux doivent d'abord examiner au fond les prétentions des parties et ils ne peuvent passer à cet examen sans déclarer l'action recevable, c'est-à-dire sans vérifier si le demandeur a un intérêt à agir. Pas d'intérêt, pas d'action.

L'intérêt est en effet la mesure des actions. C'est une règle d'ordre public, fondée à la fois sur le besoin de ménager les juridictions et sur la nécessité de ne pas troubler l'ordre social pour des choses inutiles. Bien que le législateur ne l'ait pas consacrée directement, la jurisprudence ne s'est jamais démentie dans son application et on peut dire qu'aujourd'hui elle est devenue une règle positive.

L'intérêt à agir en justice diffère du droit par le fait qu'il doit être déduit, nous l'avons vu, préalablement à l'examen au fond du procès. Tandis que le problème de l'existence du droit subjectif ne peut être résolu qu'au moyen d'un examen approfondi des questions de fait et de droit, le problème de l'existence de l'intérêt peut et doit être résolu avant l'examen au fond de ces questions, il constitue une question préjudicielle au procès (1).

(1) Cf. Mortara, *Commentario*, vol. 2, n° 460.

La possibilité d'un examen préalable de la condition d'intérêt réside dans le fait qu'il s'agit de déduire, d'une façon abstraite, aussi bien pour le demandeur que pour le défendeur, l'utilité subjective de la décision à rendre. Est-il utile pour le demandeur d'obtenir telle décision judiciaire ? Est-il utile pour le défendeur que le demandeur n'obtienne pas une telle décision ? Ainsi, l'intérêt peut se définir : *l'utilité finale de la demande en justice*, lorsqu'on l'envisage du point de vue du demandeur ; *l'utilité finale de l'opposition à cette demande,* lorsqu'on l'envisage du point de vue du défendeur (1).

On pourrait croire de prime abord que c'est de la violation du droit que naît l'intérêt nécessaire pour agir en justice Il est en effet évident que chaque fois qu'un droit est contesté, méconnu ou violé, son titulaire a intérêt à le défendre. Il ne faut pas cependant aller jusqu'à croire qu'il faut toujours un droit violé ou contesté comme condition indispensable pour avoir intérêt. Ce serait là une conception classique qui ne correspond pas à la réalité des choses. L'intérêt est une utilité subjective qui ne dépend pas toujours du droit. On peut avoir un droit et ne pouvoir pas agir en justice. Par contre, dès que l'intérêt existe, on peut toujours agir en justice, même si le droit fait défaut. Et en fait, le droit fait souvent défaut sans qu'on manque pour cela d'intérêt.

L'intérêt est donc chose distincte et indépendante du droit. Il consiste dans l'utilité subjective que l'issue du procès peut avoir pour les parties. Mais il convient de préciser quels sont les caractères que l'intérêt doit revêtir pour être légitime, autrement on pourrait étendre cette notion jusqu'à l'absurde et aboutir à des conclusions inadmissibles.

---

(1) Cf. Mortara, *op. cit., loc cit.*

L'analyse nous montre que l'intérêt, pour être reconnu suffisant, doit être : 1° juridique ; 2° personnel et direct ; 3° né et actuel. C'est surtout sur ce dernier caractère que nous devons insister. Cependant, on ne peut pas avoir une idée exacte de la notion d'intérêt, si l'on ignore les deux autres caractères. Aussi en allons-nous faire une brièvе analyse.

I. — L'INTERET DOIT ETRE JURIDIQUE

L'intérêt, avons-nous dit, pour être légitime, doit être juridique. Cela veut dire que l'intérêt doit être conforme à la loi et à la morale. On ne peut agir qu'en vertu d'un intérêt digne de protection, c'est-à-dire conforme au droit. Si l'intérêt heurte la morale et les convenances, il ne saurait pas être juridique et, par conséquent, ne saurait pas légitimer une action en justice.

C'est par application de cette condition que la jurisprudence a pu refuser réparation à une concubine invoquant le préjudice matériel subi par elle du fait de la mort du concubin (1). En effet, la concubine, quand elle demande réparation, se prévaut de l'atteinte portée à une situation illicite et immorale, situation qui est contraire aux règles fondamentales du droit civil. L'intérêt qu'elle invoque n'est donc pas un intérêt légitime, respectable. Partant, il ne saurait être protégé par la loi.

L'intérêt juridique peut être tantôt matériel, tantôt moral. Il est matériel lorsqu'il tient aux questions pécuniaires ou patrimoniales. Tel est par exemple le cas d'un créancier qui réclame en justice le paiement de sa créance. L'intérêt est moral lorsqu'il tient à la réparation d'un dommage d'ordre sentimental. C'est le cas par exemple d'un intérêt d'affection, d'honneur ou de réputation.

---

(1) Voy. Cass. crim. 13 fév. 1937 S. 1937.1.153 ; Cass. civ. 27 juillet 1937, Gaz. Pal. 1937.2.376.

Comme le constate fort bien M. R. Japiot (1), la notion d'intérêt moral complique celle de l'intérêt en général, " car il ne s'agit plus de l'intérêt qu'on peut avoir au *résultat* de l'action (on a toujours intérêt et un intérêt matériel à toucher une somme d'argent), mais de l'intérêt qui sert de *base* ou de source au droit de créance et à l'action " (2).

Cependant la notion d'intérêt moral vient aussi préciser et compléter en quelque sorte la notion d'intérêt en général. Elle a contribué à marquer la différence qui existe entre l'intérêt et le droit. Ainsi, beaucoup de décisions jurisprudentielles antérieures à 1923 (3) ne maintenaient la théorie ancienne de la propriété du nom que pour dispenser ceux qui défendent leur nom de toute justification d'intérêt. Par cela seul en effet qu'on toucherait à leur propriété cet intérêt existerait. Or les arrêts précités, quoique implicitement, prenaient parti contre la vieille conception, abandonnée en doctrine, d'un droit de propriété ayant le nom pour objet. Il a fallu à la jurisprudence un certain temps pour comprendre que la défense d'un nom peut s'appuyer sur un intérêt simplement moral. C'est justement un intérêt de cette espèce que reconnaissent aujourd'hui les juges du fond pour la défense du nom (4). De la sorte, ils n'ont plus besoin de recourir au subterfuge d'une théorie depuis longtemps désuète. Les actions en vue de la sauvegarde du nom rentrent dans la catégorie des actions d'état (5). Point n'est besoin d'un droit subjectif pour les justifier.

---

(1) *Traité élémentaire*, p. 51.

(2) M. Japiot ajoute que les actions présentant un caractère moral quant à leurs *résultats* existent, mais qu'elles sont très rares. Ce serait, par exemple, le cas d'une demande accessoire tendant à la publication de la condamnation en dehors de toute préoccupation matérielle ou bien d'une demande en nullité de mariage intentée par le père de l'un des conjoints dans la seule intention de rompre une union qu'il estime scandaleuse ou néfaste.

(3) Par exemple, Paris, 4 déc. 1863, D. P. 1864. 2.12 ; 16 mai 1900, D. P. 1902 2.174 ; Rouen, 10 nov. 1909, D. P. 1911.2.165.

(4) Voy. Civ. 6 mars 1923. D. P. 1923. 1.81.

(5) Voir la *dissertation* très intéressante de M. A. Colin, D. P. 1904.2.1.

2. — L'INTERET DOIT ETRE PERSONNEL ET DIRECT

Il ne suffit pas que l'intérêt soit juridique pour qu'il soit légitime, il faut encore qu'il soit personnel et direct, c'est-à-dire qu'on agisse en vertu d'une utilité propre. Par exemple, je ne puis pas intenter les actions d'un ami quel que soit mon intérêt à le défendre, à moins que je ne sois son mandataire. En justice chacun pour soi. Les actions intentées dans un but purement altruiste ne se justifient pas plus que celles intentées dans un but purement égoïste.

L'exigence d'un intérêt personnel et direct s'explique surtout en matière privée. En droit privé, chaque individu a ses intérêts personnels qu'il est à même de défendre. Nul mieux que lui n'est apte à juger de l'opportunité de son action, du moment où il doit l'intenter. L'action populaire, en droit privé, serait une source d'abus. Elle consacrerait l'ingérence du public dans des affaires personnelles où une telle intrusion ne saurait être permise. En droit public, par contre, on pourrait concevoir des actions de ce genre. Elles paraissent, en effet, compatibles avec la défense de l'intérêt général.

Cependant, il y a des cas, en droit privé, où on peut, en son nom propre, exercer les actions appartenant à autrui. Il semblerait alors qu'on n'agisse pas en vertu d'un intérêt personnel et direct Ceci nous paraît pourtant plus apparent que réel. Ainsi en vertu de l'art. 1166 du Code civil, un créancier peut exercer les actions de son débiteur. Son intérêt dans l'exercice de cette action est-il personnel et direct ? A notre avis il l'est. L'action oblique n'est accordée que lorsque le débiteur, de mauvaise foi, néglige d'exercer ses actions, négligeant ainsi de protéger son patrimoine et, par conséquent, mettant en péril le gage général des créanciers. On conçoit donc que ceux-ci, dans une telle situation, aient un intérêt à ce que leur gage ne dépérisse pas. Cet intérêt est personnel et direct ou peu s'en faut...

On peut encore citer l'action exercée par un patron contre le tiers responsable de l'accident du travail survenu à un de ses ouvriers. Le patron exerce ici, dit-on, non une action qui lui est propre, mais l'action de la victime. Mais ne peut-on pas dire que le patron, responsable directement et d'office de tout accident du travail survenu à ses ouvriers, a un intérêt actuel, personnel et direct, à exercer l'action que l'ouvrier sinistré néglige d'exercer contre le tiers responsable ? Ne peut-on également dire que l'intérêt du patron est plus éminent encore que celui de l'ouvrier, puisque celui-ci est protégé par une action directe contre son patron, toujours solvable, tandis que le patron, lui, n'a qu'un seul recours, souvent illusoire ?

3. — L'INTERET DOIT ETRE NE ET ACTUEL

Cette formule signifie que l'intérêt doit exister au moment même où on agit en justice. Il doit être actuel, et non pas éventuel. On ne peut pas agir en vertu d'un intérêt à venir.

En apparence simple, cette formule est en réalité d'une application fort difficile. Quand l'intérêt est-il né et actuel ? Serait-ce, comme certains le prétendent, lorsque la violation d'un droit est d'ores et déjà réalisée ? Il n'y a pas de doute que dans ce cas l'intérêt à agir soit bien né et actuel. Il résulte alors d'une atteinte flagrante du droit, d'un préjudice actuel dont on demande réparation. Mais est-ce à dire que l'intérêt ne soit plus né et actuel lorsque la violation n'existe encore qu'à l'état de simple menace ou de simple éventualité ? L'intérêt n'est-il plus né et actuel lorsqu'il s'agit de prévenir un préjudice éventuel ? A en croire les auteurs classiques, il en serait ainsi. L'action étant le droit qui se met en mouvement quand il a été méconnu ou violé, l'intérêt né et actuel nécessaire pour agir en justice ne saurait exister sans une violation déjà consommée au moment où l'action est intentée.

Telle est la thèse de l'école classique. Elle ne conçoit pas, en principe, les actions préventives. Ces actions, ayant pour but essentiel de prévenir la violation d'un droit ou la réalisation d'un préjudice, ne sauraient pas se justifier par un intérêt né et actuel. Mais nous avons vu ce qu'il fallait penser de cette théorie. Elle procède d'une fausse conception de l'action. Nous nous rattacherons, au contraire, à l'école moderne pour laquelle l'action est indépendante du droit. Nous avons vu, en effet, dans la section précédente, qu'il y a des actions à la base desquelles on ne peut pas invoquer un droit subjectif. Force nous est donc de conclure qu'il n'est pas toujours nécessaire d'invoquer la violation effective d'un droit pour justifier d'un intérêt né et actuel. Cette conclusion est encore vraie même pour les actions qui ont à leur base un droit subjectif. S'il n'en était pas ainsi, comment se justifierait-il qu'on puisse agir en justice en vue de prévenir un dommage ? Les auteurs classiques eux-mêmes ont dû admettre qu'on peut agir avant que le droit soit violé, en vertu d'un préjudice non encore réalisé. Pourtant, la recevabilité de telles actions est inconciliable avec leurs déclarations que l'action n'est que le droit qui se met en mouvement lorsqu'il est violé ou contesté.

La réalité c'est donc que la violation effective d'un droit n'est pas le seul facteur qui donne naissance à l'intérêt né et actuel. L'intérêt, avons-nous dit, est une utilité subjective, un avantage que l'exercice de l'action peut procurer à l'une des parties. Cette utilité peut venir non seulement de la réparation d'un préjudice actuel, mais encore de la prévention d'un préjudice éventuel. Elle peut consister non seulement à réparer ce qu'on nous a détruit, mais encore à conserver intact ce qu'on nous menace de détruire. Lorsque la violation d'un droit apparaît comme certaine ou imminente, l'utilité de son titulaire à le sauvegarder est manifeste, son intérêt à le faire valoir en justice est né et actuel.

C'est justement cette conception de l'intérêt que se fait la jurisprudence. Pour elle, l'intérêt né et actuel dépend de la

gravité de la menace ou de l'imminence du préjudice aussi bien que de la violation du droit ou d'un préjudice actuel. C'est ce qui résulte, du moins, clairement, d'un arrêt de la Cour d'appel de Montpellier en date du 1er avril 1930 (1). Cet arrêt décide que « toute personne dont le droit est menacé ou contesté peut, à défaut de reconnaissance volontaire, agir en reconnaissance judiciaire de ce droit, en vue de l'avenir ». Et il ajoute qu'il « n'est pas nécessaire d'attendre la réalisation de la menace ou du préjudice qui peut en résulter pour que l'action repose sur un intérêt né et actuel, formule traditionnelle qui ne saurait être appliquée dans un sens restrictif ».

A. — La conception suivant laquelle l'intérêt né et actuel dépend de la violation d'un droit semble cependant très difficile à déraciner chez certains auteurs, même parmi ceux qui, généralement, sont bien avertis. C'est ainsi que ces auteurs ont été forcés de faire de la violation du droit une notion très large dans laquelle le droit est violé non seulement lorsqu'il est effectivement atteint, mais encore lorsqu'il est simplement menacé. Mortara, par exemple, écrit dans son *Commentario* (2).

« Nous avons toujours droit à la conservation d'un droit pur et simple, conditionnel, éventuel ou actuel. Par conséquent, si nous rencontrons des obstacles aux conditions d'une telle conservation, nous aurons proportionnellement intérêt à agir pour leur réintégration, qui est elle-même un de nos droits. Il est nécessaire de bien comprendre cette notion qui simplifie de beaucoup les discussions sur l'actualité de l'intérêt. On a l'habitude de dire, en effet, que le droit peut être défendu en justice non seulement contre une violation effective, mais encore contre les menaces d'une violation prochaine ou imminente, et on donne comme exemples les demandes de séquestre, les dénonciations de nouvel œuvre, les

(1). D. H. 1930, 372.
(2). Vol. II, p. 600 n° 470.

actions *damni infecti* et diverses autres sortes d'actions. Mais, à bien réfléchir sur les idées ci-dessus exposées, il n'est pas difficile de comprendre que les menaces de violation dont on a parlé sont des vrais états de violation du droit en tant qu'elles représentent, avec des formes et des effets divers, des obstacles à la conservation des conditions normales de jouissance du droit ».

On voit que, pour élargir la notion d'intérêt né et actuel, Mortara a dû recourir à un artifice de raisonnement. Après avoir longuement réfléchi, il n'a pu trouver autre justification de l'intérêt que celle émanant de la violation du droit. Mais il y est arrivé par une sorte de sophisme. En faisant de la violation du droit, en effet, une notion si large, on peut y faire rentrer n'importe quoi, aussi bien une menace qu'une crainte. Or il est bien fallacieux d'assimiler la menace ou la crainte de la violation d'un droit à la violation effective de ce droit.

D'autre part, avec une telle conception de la violation du droit, le problème des actions préventives n'est pas résolu, mais seulement écarté. Le droit étant considéré comme violé lorsqu'il est simplement menacé, il ne reste rien à prévenir. On agit en vue de réparer une violation, non en vue de l'éviter. Les actions préventives seraient ainsi des actions ordinaires comme les autres.

Enfin, le raisonnement de Mortara semble être encore imprégné des préjugés de l'école classique, car en assujettissant l'intérêt à la violation, il assujettit indirectement l'action au droit. Or nous ne nous lasserons pas de répéter qu'il faut distinguer nettement l'action du droit ; qu'il y a des actions à la base desquelles on ne peut pas invoquer un droit.

B. — Comment justifier alors l'intérêt né et actuel nécessaire à la recevabilité des actions préventives ? Cet intérêt se justifie par l'obéissance qui est due à la règle de droit d'une façon *permanente et continue*. La permanence et la conti-

nuité d'une telle obéissance impliquent que les sujets de droit doivent agir, en fait comme en principe, d'une façon toujours conforme à la règle de droit. En d'autres termes, ils doivent avoir constamment en présence le sentiment de l'obligation juridique qui émane d'une règle ou d'une situation (1). Ce sentiment d'obligation donne aux prescriptions émises vis-à-vis des particuliers leur force et leur valeur. Tant que le sujet de droit croit à la règle ou à la situation, ainsi qu'à sa portée, le sentiment de l'obligation existe et l'obéissance due à la règle ou à la situation est assurée. Mais dès que le sujet intéressé éprouve un doute sur la valeur ou la portée des prescriptions émises, dès ce moment le sentiment de l'obligation juridique tend à faiblir dans sa conscience, l'obéissance due à la règle n'est plus assurée d'une façon permanente et continue. Le sujet n'admettra la valeur de la règle ou de la situation que dans la mesure où il y croira. Si la disparition du sentiment d'obligation est totale, il considèrera toute prétention relative à la règle comme dénuée de valeur et de fondement.

Or, la disparition du sentiment d'obligation donnant lieu au doute juridique s'effectue dans la conscience du sujet de droit. " Elle résulte, dit M. Chaumont (2), d'un effort critique, d'une opération intellectuelle. Le sujet s'aperçoit que la règle ne présente plus pour lui qu'une prétention sans valeur. Cependant, constatant que cette prétention a, indépendamment de lui, une certaine valeur objective apparente, il a pour ambition de supprimer cette apparence, en généralisant l'impression personnelle qu'il découvre en lui ". De là, la nécessité d'exercer l'action en justice aboutissant à l'intervention juridictionnelle.

L'exercice de l'action, en somme, est rendu indispensable par le doute juridique. Il a pour but " de rétablir le lien

(1) Cf. Ch. Chaumont, *Esquisse d'une notion de l'acte juridictionnel*, Rev. du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1942, p. 93 et suiv.

(2) *Op. cit*, p. 94.

rompu de l'obligation juridique entre le sujet de droit intéressé et la règle ou la situation qui fait l'objet du doute " (1). C'est pourquoi M. Chaumont fait de " auteur du doute " et de " demandeur en justice " deux expressions synonymes (2). De même, il définit l'action comme étant " le doute dont l'élévation est légalement consacrée " (3).

Le doute juridique, voilà donc la source d'où procède l'intérêt nécessaire pour agir. C'est de lui que dépend la recevabilité des actions en justice et notamment des actions préventives. On peut s'en rendre compte dans les actions déclaratoires ainsi que dans les actions en nullité. Dans ces actions, le doute ou l'incertitude de la situation apparaît nettement à l'origine de l'intérêt qu'on invoque pour agir. Point n'y est question d'un droit, ni de la violation d'une règle ou d'une situation. Il s'agit uniquement du doute juridique et de l'intérêt qu'il engendre, tous deux phénomène psychologique et intellectuel.

Pratiquement, dans les actions ordinaires, servant à faire valoir un droit subjectif, on peut considérer l'intérêt à agir comme résultant de la violence d'un droit. Un créancier agit, par exemple, parce que le débiteur ne paye pas sa dette. De même, la victime d'un dommage agit parce qu'elle a droit à réparation. L'intérêt qu'on a à agir en justice est évident dans ces cas et par conséquent on n'aura pas tort de dire que chaque fois qu'il y a violation d'un droit ou d'une règle, il y a intérêt né et actuel à agir. Le critère pratique de la violation ne trompe pas. Ce critère ne suffit pas, cependant, à rendre compte de l'intérêt dans tous les cas et c'est pourquoi, même lorsqu'il s'agit d'actions ordinaires, si l'on cherche l'origine profonde de l'intérêt, c'est dans le doute juridique qu'on doit la trouver. M. Chaumont pense, en effet, que là où il n'y a pas doute il n'y a pas fonc-

(1) Ch. Chaumont, *Op. cit.*, 95.
(2) p. *Op. cit.*, p. 96.
(3) *Op. cit.*, p. 96.

tion juridictionnelle (1), la fonction juridictionnelle dépendant de l'action en justice (2), laquelle est animée par le doute juridique.

On pourrait croire, enfin, dans les actions ordinaires, que le doute vient non pas du demandeur, qui a la certitude du bien-fondé de son droit, mais du défendeur qui viole ce droit. Cette apparence de contradiction n'est pourtant pas réelle. Elle vient du fait que dans les actions ordinaires le sujet de droit ne se trouve pas en présence d'une règle ou d'une situation qui lui soit extérieure et sur laquelle le doute puisse s'appliquer directement (3). Le sujet se trouve, par hypothèse, en présence d'une violation sans laquelle il n'aurait pas agi en justice. Le doute porte sur le fait même de cette violation (4) et non pas sur la régle juridique ou sur le droit lui-même, comme il en est le cas pour les actions préventives.

C. — Telle est la notion théorique qu'on peut donner de l'intérêt né et actuel. Elle justifie la recevabilité des actions préventives aussi bien que des actions ordinaires. Malheureusement, dans la vie pratique, cette notion n'a pas reçu encore une application directe. La jurisprudence ignore, en effet, la notion récente de doute juridique. Pour déterminer l'intérêt nécessaire à la recevabilité des actions, elle procède par des cas d'espèce, d'une façon empirique. Elle ne possède pas, en somme, une règle de conduite générale.

Une chose est certaine, cependant, c'est qu'elle ne rattache pas la notion d'intérêt né et actuel à celle de violation du droit. Sans doute, lorsqu'un droit est violé ou contesté, la jurisprudence en conclut pour son titulaire à un intérêt légitime. Mais elle considère aussi que la gravité d'une menace ou l'imminence d'un préjudice sont également des éléments constitutifs d'un intérêt né et actuel.

---

(1) *Op. cit.*, p. 97.
(2) *Op. cit.* p. 93.
(3) Cf. Chaumont, *op. cit.* p. 103.
(4) *Op. cit.*, p. 104.

On a déjà vu, à cet égard, dans le chapitre précédent, comment la jurisprudence a pu conclure à la recevabilité des actions *damni infecti* ainsi qu'à la recevabilité de diverses autres sortes d'actions préventives. On a vu aussi comment elle a élargi l'intérêt à la base de l'intervention en justice. De nombreux arrêts nous montrent encore que la violation du droit n'est pas le seul facteur pouvant donner lieu à un intérêt légitime.

Ainsi, la jurisprudence a déclaré recevable l'action intentée par le vendeur d'un fonds de commerce contre son acquéreur tendant à faire disparaître de ses enseignes et étiquettes des énonciations de nature à faire confusion entre sa personne et celle du cédant, alors même que celui-ci ne justifiait pas d'un préjudice (1). Le cédant avait intérêt, en effet, à éviter un préjudice futur qui serait arrivé certainement si les choses étaient restées telles quelles.

De même, a été considéré comme recevable l'action à fin de démolition d'un pan de bois servant à exhausser un mur séparatif de deux héritages, et présentant un danger imminent et continuel d'incendie (2). L'imminence d'un tel danger résultait de l'existence d'une cheminée qui, par sa position dans le mur, pouvait mettre le feu au pan de bois à tout instant.

L'action tendant à faire décider qu'un jugement étranger ne sera pas rendu exécutoire sur le territoire national a été également déclarée à bon droit recevable (3). Le tribunal a estimé ici, à juste titre, que le demandeur avait un intérêt urgent et actuel à faire statuer immédiatement sur la question du jugement étranger et à sortir de l'*incertitude* où il se trouvait par la négligence de son adversaire à mettre ce jugement en exécution.

---

(1) Civ. 10 avril 1866, D. P. 1866. 1.342.
(2) Bordeaux, 18 mai 1849. D. P. 1850. 2. 86.
(3) Trib. civ. Gand, 19 janv. 1898, D. P. 1899. 2. 504 et la note.

Les tribunaux ont considéré aussi comme constitutif d'un intérêt né et actuel la menace d'un procès lorsque cette menace se produit sérieusement.

Ainsi, il a été jugé que l'époux survivant qui, voulant convoler en secondes noces, a lieu de craindre qu'on ne lui conteste son gain de survie en s'appuyant sur une clause ambiguë du contrat de mariage, est recevable à faire fixer le sens de cette clause contre les intéressés (1). On se trouve ici en présence d'une véritable action déclaratoire où l'intérêt a surtout pour base l'*incertitude* d'une situation ou, comme nous avons déjà dit, le doute juridique.

Les tribunaux sont allés encore plus loin en décidant, par exemple, que le notaire menacé par un client d'une poursuite en responsabilité dans des lettres missives et avec une persistance et une notoriété de nature à porter atteinte à sa situation d'officier public, est recevable à poursuivre ce client en justice pour faire déclarer qu'il sera tenu de prendre dans un certain délai les conclusions qu'il jugera convenables de formuler à l'appui de sa prétention (2). Il y a là une véritable action en perpétuel silence.

Un autre arrêt a admis que la personne à qui un tiers a annoncé, même verbalement, l'intention de réclamer une somme d'argent, est recevable à faire juger qu'elle n'est pas débitrice envers ce tiers, sans qu'il soit nécessaire que la menace de poursuite ait été accompagnée d'une mise en demeure (3). Cet arrêt ajoute que l'intérêt d'où né l'action judiciaire peut résulter " aussi bien d'un fait éventuel et possible que d'un fait déjà accompli ou réalisé ".

Enfin, citons l'arrêt qui reçoit une demande tendant à faire décider qu'un ancien employé ne pourra pas s'établir pour exercer une industrie concurrente ou similaire avant

---

(1) Caen, 4 août 1851, D. P. 1852. 2. 293.
(2) Angers, 3 juil. 1868 D. P., 1868, 2. 154.
(3) Nancy, 5 juin 1869, D. P. 1872. 2. 115.

l'expiration d'un délai de cinq années prévu par l'engagement signé par lui, alors même que, lors de l'introduction de cette demande, cet employé n'avait fait que manifester l'intention de s'établir sans l'avoir encore réalisée (1).

CONCLUSION.

Par les arrêts qui viennent d'être cités, nous sommes en mesure de nous fixer sur la position prise par la jurisprudence. Elle admet les actions préventives sans faire aucune distinction, de la même manière qu'elle admet les actions ordinaires. Pour elle toute action est recevable dès lors qu'elle présente un intérêt né et actuel. C'est donc à la détermination d'un tel intérêt qu'elle s'est appliquée. Mais elle procède ici sans suivre aucune règle générale, juste par la solution de cas d'espèce. Il en résulte qu'elle est apparue quelquefois hésitante et même contradictoire (2).

Cependant, de l'ensemble de ses arrêts, on peut conclure que l'intérêt est indépendant de la violation du droit, qu'il peut résulter d'une menace ou d'un préjudice imminent. Quelquefois même, la jurisprudence a pu lui trouver pour base l'existence d'une incertitude juridique (3), confirmant ainsi, d'une façon plutôt confuse que réfléchie, il est vrai, notre théorie sur la notion de doute juridique.

Mais c'est surtout dans son dernier arrêt, celui du 1er avril 1930 précité, que la jurisprudence, par une décision conçue en termes généraux, s'est montrée aussi nette que décisive. A la suite de cet arrêt, en effet, il devient clair que la notion traditionnelle d'intérêt né et actuel doit être entendue

---

(1) Trib. Comm. Epernay, 22 juin 1904 sous req 7 nov. 1906, D.P.1912. 1.245

(2) Cf. par exemple : Liège, 3 fév. 1841, Rép. Alph. Dalloz, *action*, 217 ; req. 7 août 1871, D. P. 1871. 1. 197. Ces arrêts, d'ailleurs isolés, sont désapprouvés par leurs rapporteurs.

(3) Voy. par exemple les arrêts précités du 4 août 1851 (Caen) et du 19 janvier 1898 (Gand).

et appliquée dans un sens large. Il n'est pas nécessaire, ajoute cet arrêt, qu'une menace ou un préjudice soit d'ores et déjà réalisés pour que l'action repose sur un intérêt né et actuel. C'est pourquoi, dans sa première partie, il admet les actions en reconnaissance d'un droit, en vue de l'avenir ; ce qui aboutit, en définitive, à l'admission des actions déclaratoires (1).

Ainsi donc la jurisprudence, sans élaborer de théorie, et bien que d'une façon indirecte, considère les actions préventives au même titre que les actions ordinaires, comme résultant de l'application d'un principe général et comme obéissant à une même condition de recevabilité : l'intérêt né et actuel. Dans la détermination d'un tel intérêt, elle tend insensiblement à l'adoption de notre théorie sur le doute juridique. Mais cette tendance reste encore tout à fait obscure et ne se manifeste que très confusément.

La question d'intérêt est d'ailleurs une question de fait et à ce titre elle est soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond. La Cour suprême n'a pas à en connaître. Les décisions des juges du fond sont donc d'une grande importance. C'est pourquoi ces juges doivent se montrer très circonspects dans leur appréciation de l'intérêt nécessaire pour agir. Se montrer trop large, ce serait faciliter les actions vexatoires fondées sur un intérêt parfois chimérique. Se montrer trop sévère, ce serait également un autre illogisme par où on viendrait à refuser des actions d'une utilité sociale incontestable.

Une personne veut agir en justice contre une autre ? Son intérêt est juridique, personnel et actuel ? Soit ! Mais il faut aussi que cet intérêt soit *sérieux*. S'il est minime, les juges le considèreront comme inexistant. S'il est assez sérieux pour motiver une action, mais que celle-ci aboutisse à des résultats inadmissibles, pour le défendeur, les juges

(1) Voy. Chap. IV, Sect. 3.

tâcheront de concilier les intérêts en présence, ou bien ils attendront que l'un des deux intérêts prime l'autre.

C'est en effet dans la conciliation des intérêts des parties que se trouve la limite des actions en justice. Dans la conciliation d'un tel intérêt, des cas fort épineux à résoudre peuvent se présenter. Nous allons examiner ces cas dans le chapitre suivant.

CHAPITRE IV

Limite des actions préventives

Les actions préventives, comme les actions ordinaires, ne sont limitées que par les conditions générales nécessaires pour agir en justice. Parmi ces conditions, l'intérêt joue un rôle primordial. Il constitue la filière indispensable à l'arrêt de toute action inutile ou vexatoire. C'est pourquoi on dit que l'intérêt est la mesure des actions. Ce n'est donc que dans la mesure où on a un intérêt légitime qu'on pourra agir préventivement.

Cependant, l'intérêt est une condition d'ordre psychologique, pouvant varier suivant les individus et suivant les situations. Malgré les caractères qu'il doit revêtir, il est souvent très difficile de le déterminer. Il en est ainsi notamment dans les cas où des intérêts également légitimes entrent en contradiction. Il faut alors concilier les intérêts en présence et ce n'est que dans la mesure où cette conciliation est possible qu'on pourra agir en justice.

C'est surtout à propos des actions interrogatoires, des actions provocatoires et déclaratoires, de l'inscription de faux principal et des enquêtes et expertises à futur que la question de la limite des actions préventives se pose. Nous allons voir dans quelle mesure ces actions sont recevables.

SECTION I

Les actions interrogatoires

On appelle actions interrogatoires les actions ayant pour objet de mettre le défendeur en demeure de s'expliquer sur le parti qu'il se propose de prendre, relativement à telle ou telle faculté qui lui appartient, ou sur la question de savoir s'il entend ou non élever certaines prétentions en vertu de tel ou tel titre" (1).. Dans ces actions, le demandeur ne prétend pas que le défendeur conteste ou menace son droit, il ne se prévaut d'aucun fait répréhensible de sa part, mais il agit simplement en vue de rendre certaine une situation juridique douteuse existant entre lui et son adversaire. L'intérêt dont il se réclame a pour base l'incertitude juridique dans laquelle il se trouve.

Une telle action, est-elle recevable ? La doctrine française est presque unanime pour répondre par la négative. La jurisprudence, elle aussi, nie l'existence des actions interrogatoires en Droit français (2). Ces actions, d'ailleurs, n'ont jamais été admises en France. Les griefs qu'on invoque contre elles paraissent généralement bien fondés. Le plus pertinent consiste à dire qu'on ne peut pas contraindre une personne, laquelle jouit d'une faculté légale ou conventionnelle, à se prononcer avant le délai que la loi ou la convention lui accorde. Ce serait aller à l'encontre de la loi ou de la convention. On invoque aussi la maxime : *invitus agere vel accusare nemo cogatur*. Dans les actions interrogatoires, la partie défenderesse ne contestant aucun droit, n'émettant aucune prétention, ne saurait être tenue de venir en justice. Ce serait une source d'abus.

(1) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. 12, p. 7.

(2) Douai, 13 juillet 1900, D. P. 1903. 2.148 ; Trib. civ. Angers, 23 nov. 1932, chron. hebd. du Rec. Sirey, 2 mars 1933.

Cependant, et malgré la pertinence des arguments ci-dessus, il y a des cas dans lesquels il est permis de regretter la prohibition des actions interrogatoires. Ainsi, soit un contrat sous condition passé entre deux personnes et contenant une clause ambiguë, susceptible de plusieurs interprétations. Si la partie intéressée ne peut pas agir pour demander à l'autre quel sens elle entend donner à cette clause, elle pourrait se trouver paralysée dans l'exercice de son droit, ne sachant pas par avance ce que l'autre lui demandera le jour de la réalisation de la condition (1).

De même, soit une personne qui conclut un contrat avec un incapable, mineur ou femme mariée. D'après l'art. 1304 du Code Civil, cet incapable, dispose d'un délai de dix ans, à partir du jour où il a recouvré sa capacité, pour invoquer la nullité ou y renoncer. Pendant cet intervalle de temps, la personne qui a contracté avec lui reste donc dans une incertitude juridique fort gênante. Elle ne sait pas si l'incapable invoquera la nullité du contrat, ou s'il considèrera celui-ci comme valable. Elle a donc grand intérêt à sortir de cette incertitude. On objecte pourtant qu'elle ne peut pas exercer l'action interrogatoire. D'abord, parce que ce serait opposer une nullité à laquelle elle n'a pas droit (art. 1125). Ensuite, parce que l'incapable aurait un délai de dix ans pour opter entre la validité et la nullité du contrat (art. 1304).

---

(1) L'arrêt de la Cour de Caen en date du 4 août 1851 (D.1852-2-293) est considéré quelquefois comme consacrant une action interrogatoire. Cependant, l'action apparaît ici comme basée sur la contestation au fond d'un droit. La Cour déclare, en effet, que l'action est recevable parce que les adversaires, dès les premiers actes de la procédure, ont élevé la prétention, au fond, qu'un second mariage entraînerait la perte du gain de survie. Il s'agit donc plutôt là d'une action déclaratoire. Un arrêt de la Cour de Douai en date du 25 nov. 1868 (D. 1869-2.39) rejette au contraire une telle action, l'adversaire n'élevant aucune prétention et se bornant à dire qu'il était prématuré d'agir contre lui puisqu'il ne contestait aucun droit.

Ces arguments n'ont pas paru décisifs à certains auteurs. Le tiers capable de s'engager n'opposerait nullement ici l'incapacité du mineur ou de la femme mariée, " Au contraire, il reconnaît qu'il est à sa discrétion, à sa merci. L'art. 1125 accorde aux incapables le choix entre le maintien et l'annulation du contrat. Le tiers, loin de lui enlever cette option, la lui offre. Voulez-vous la nullité ? c'est votre droit ; je m'y soumets de suite, sans procès, sans discussion. Voulez-vous la validité ? mais dites-le donc au moins" (1).

Quant au délai de l'art. 1304, il ne serait pas certain que la loi ait voulu donner aux incapables " la faculté de tenir ainsi en suspens, toujours et quand même ! pendant dix ans, les droits du tiers ! La loi .. leur accorde le droit d'agir pendant dix ans, c'est-à-dire de prendre, de leur côté, l'initiative. Mais est-il vrai que si l'autre partie les interpelle, et se met de suite elle-même à leur disposition, ils aient le droit de lui répondre qu'ils entendent prolonger à plaisir son incertitude et son embarras ? Il me semble que cela ne serait ni moral ni politique .. " (2).

Ce serait, en tout cas, sacrifier les intérêts du demandeur. On comprendrait, en effet, que celui-ci, pendant l'incapacité de la personne avec laquelle il a traité, ne puisse pas intenter l'action interrogatoire dont nous parlons. Dans cette situation, l'intérêt de l'incapable primerait le sien. Mais une fois l'incapable ayant recouvré sa capacité, nous ne voyons pas pourquoi le demandeur ne peut pas l'actionner pour qu'il se prononce, librement et en pleine connaissance de cause, sur le sort à donner au contrat.

---

(1) C. Demolombe, *Traité du Mariage et de la séparation de corps*. (ours de code Napoléon) t 2, N° 346 et s Voy au si dans ce sens, MM. Colin, Capitant et de la Morondière *Cours élémentaire de droit civil français*, 10e édit ; t I n° 808, *in fine ;* M. P aniol. *Traité élémentaire de droit civil*, (édition nouvelle refon ue par M. Ripert). t. 2, n° 837

(2) C. Demolombe, *op. Cit. loc. cit.* Voy. aussi, dans un s ns ar alogue l'avis de Blondeau *Traité de la séparation des patrimoines*, p. 634 et s C t aut ur est favorable à u e action interr gatoire intentée par un héritier subséquente contre un héritier premier en rang en vue de l'amener à prendre parti sur la successi n. Voir également dans ce sens M. H. Cabrillac. *Des droits des successibles éventuels devant l'inaction de l'héritier préférable*, Revue cr,-t que de législation et de juris prudence 1932 p. 2,6 et s.

Le Droit allemand est plus équitable ; il autorise l'exercice d'une telle action. Le demandeur peut même obtenir la ratification du contrat, pendant la minorité du défendeur, en actionnant son représentant légal (1).

SECTION 2

Les actions provocatoires

Les actions provocatoires, avons-nous dit, sont celles par lesquelles une personne, qui se vante d'avoir des droits à l'égard d'une autre, peut être contrainte à venir en justice prouver le bien fondé de ses allégations sous peine d'avoir à garder un perpétuel silence si elle ne le fait pas dans le délai qui lui est imparti. L'essentiel de ces actions, dites également actions de jactance ou en perpétuel silence, consiste, en somme, à obliger la personne qui se jacte à jouer le rôle de demandeur et à faire la preuve de ses prétentions (2).

Les actions de jactance ainsi entendues, sont-elles recevables dans l'état actuel de notre droit ? En d'autres termes, se justifient-elles par un intérêt légitime ?

Sur cette question la doctrine est très partagée. Certains auteurs pensent que les actions provocatoires sont encore recevables sous certaines conditions (3). D'autres pensent au contraire que ces actions, telles qu'elles existaient autrefois, n'existent plus aujourd'hui (4). Tout au plus accordent-ils à leur place une action en reconnaissance de droits.

---

(1) Cf. art. 108, C. civ. allemand.

(2) Il ne faut pas confondre les actions provocatoires avec les actions interrogatoires. Dans les premières, le demandeur agit contre un fait positif de la part de son adversaire, fait qui porte généralement sur le fond d'un droit ou d'une qualité. Dans les actions interrogatoires, le demandeur agit au contraire contre un fait négatif de son adversaire ; il n'y a aucune contestation sur le fond d'un droit.

(3) Dans ce sens : Garsonnet et Cezar-Bru, *Traité théorique et pratique* t. I., p. 541 ; Aubry et Rau. *Cours de droit civil français*, t. 12, p. 6 ; Demolombe, *op. cit. loc. cit.* ; Chauveau, *Journal des Avoués*, 1849, art 642, p. 117 ; Devilleneuve, *note* au S. 1850. 2.1

(4) Tel est l'avis de MM. Glasson et Tissier, R. Morel et R. Japiot.

Quant à la jurisprudence, on s'aperçoit qu'elle hésite à répondre à une telle question. Dans ses premiers arrêts, elle se montre favorable aux actions de jactance. Ainsi, un arrêt de la Cour d'Aix en date du 12 juillet 1813 (1) a jugé que celui qui se targue publiquement d'avoir des créances ou des prétentions à l'égard d'une autre personne peut être contraint de produire immédiatement ses titres et de fixer ses droits lui-même, si mieux il n'aime se voir imposer un perpétuel silence. Un arrêt de la Cour de Grenoble va même jusqu'à déchoir de son prétendu droit la personne qui n'arrive pas à justifier ses prétentions (2). La Cour de Nîmes, au contraire, a jugé qu'on peut bien condamner le jactant au silence et même à des dommages-intérêts, mais que les juges ne peuvent aller jusqu'à le déchoir de son droit (3). Enfin, un jugement du tribunal de Brignolles en date du 3 août 1836 a déclaré l'action de jactance recevable, comme "fondée sur un usage déjà fort ancien, approuvé par la majorité des auteurs et consacré par une jurisprudence qui paraît être uniforme"(4).

Dans ces arrêts, la jurisprudence des Cours d'appel se montre donc, dans son ensemble, favorable aux actions de jactance. Elle continue d'appliquer, en quelque sorte, les principes de l'ancien droit. Mais voici que dans une deuxième phase, marquée par des arrêts de la Cour de cassation, la jurisprudence se montre plus hostile à la recevabilité de ces actions.

En effet, par un arrêt en date du 29 mai 1866 (5) la Cour de cassation décide que l'action de jactance, étant admise en Savoie avant le Code civil sarde de 1837, était encore recevable même dans les instances continuées depuis ce

(1) S. 1814. 2. 234.
(2) Grenoble, 15 février 1816, S. (Devil) 1816. 2.105
(3) Nîmes, 15 juin 1835, S. 1836. 2 252.
(4) S. 1850. 2. 6, 2e espèce.
(5) D. P. 1866. 1.400.

Code, ou depuis l'application des lois françaises à la Savoie, si elle avait été commencée sous la législation qui l'autorisait. Cet arrêt ne tranche pas, certes, une question actuelle, il ne décide pas si l'action de jactance est aujourd'hui recevable ; cependant, par les réserves qu'il fait, il semble décider implicitement que cette action n'est plus conforme à notre droit.

Un autre arrêt en date du 23 juin 1890 (1) décide qu'il importe peu qu'à l'origine d'un procès l'action intentée par un propriétaire d'un fonds prétendu asservi fut uniquement fondée sur de simples prétentions verbales émises par son voisin, dès lors que celui-ci en est venu plus tard à énoncer fermement, dans les significations et déclarations en justice, qu'il avait une servitude *non altius tollendi* fondée en titre.

D'après cet arrêt il résulterait implicitement que l'action de jactance, qui apparaît ici sous la forme d'une action négatoire de servitude, n'est plus recevable lorsqu'elle est fondée sur de simples prétentions verbales. Pour qu'elle soit recevable, il faudrait des " prétentions plus sérieuses, énoncées par exemple dans des significations et déclarations en justice ". Il y aurait alors trouble juridique.

Les Cours d'appel statuent également dans ce sens. Ainsi la Cour de Limoges a décidé qu'à supposer que l'action de jactance soit reconnue par le droit actuel et qu'elle soit en principe recevable, elle ne pourrait être accueillie au fond qu'autant que le défendeur aurait spontanément pris une attitude menaçante et provocatrice, contenant une contradiction du droit du demandeur suffisamment sérieuse pour constituer un trouble à sa situation juridique et à sa possession d'état (2).

---

(1) D. P. 1890. 1.289 ; voy. aussi Cass. civ., 4 mars 1888, D. P. 1888. 1.417.

(2) Limoges, 21 mai 1894, D. P. 1897. 2. 377. Dans ce sens aussi Grenoble, 10 juillet 1891 (D. 1892. 2. 263). Cet arrêt déclare un immeuble franc et libre de la servitude dont le jactant n'a pu faire la preuve Il consacre une action négatoire de servitude.

Des arrêts qui précèdent, nous pouvons tirer la conclusion suivante. L'action de jactance, telle qu'elle existait autrefois, existe encore dans notre droit actuel, mais la jurisprudence la subordonne à des conditions plus strictes que jadis. Il faut, en effet, que la contradiction du droit du demandeur se manifeste par des actes ou des faits qui constituent un trouble matériel ou juridique. Seul un tel trouble peut donner lieu à un intéret né et actuel suffisant pour légitimer l'action de jactance. Il y a trouble juridique, par exemple, lorsque la prétention du jactant se manifeste dans des actes signifiés, des conclusions ou des déclarations faites en justice. " Des propos dépourvus de portée sérieuse, des avertissements et même des menaces ne contenant que l'énonciation vague d'une prétention... " ne sauraient plus motiver une action de jactance (1).

On pourrait alors se demander si la jactance, telle qu'elle est entendue aujourd'hui par la jurisprudence moderne, n'a pas changé de caractère, changeant en même temps le caractère de l'action qui la sanctionne. Car, au fond, on entend par jactance " le fait de se proclamer en situation de se prévaloir d'un droit ou d'une qualité à l'encontre d'une personne sur le droit ou sur la qualité de laquelle la jactance peut réagir " (2). Il n'est pas du tout nécessaire qu'il y ait une contestation juridique, comme la jurisprudence semble le vouloir. Et il peut y avoir des propos de portée très sérieuse, des prétentions constituant une menace grave pour la personne dont on se jacte sans que la jactance se manifeste par des actes signifiés ou des déclarations faites en justice. Doit-on décider alors que la personne intéressée ne dispose pas d'une action pour se prémunir contre de tels

(1) Limoges, 21 mai 1894, précité. Voy. également Angers, 3 juillet 1868 (D. 1868. 2. 154). Cet arrêt consacre une action de jactance et pourtant les jactances ont été manifestées ici par de simples lettres missives. Elles n'ont pas moins été considérées de nature à porter atteinte à l'intéressé.

(2) Note anonyme sous l'arrêt précité.

agissements ? C'est ici, nous paraît-il, que se pose la question du pouvoir discrétionnaire du juge dans l'appréciation et la conciliation des intérêts en présence.

Il nous semble que notre conception des conditions nécessaires à l'exercice des actions nous permet de rester dans le cadre de l'interprétation jurisprudentielle tout en donnant satisfaction à l'intéressé. Les jactances peuvent être telles, en effet, qu'on ne puisse pas permettre à leur auteur de se retrancher derrière la maxime : *agere vel accusare nemo cogatur*. Ce sont les cas, par exemple, prévus par la jurisprudence : jactances manifestées par des actes signifiés, des conclusions et des déclarations en justice. Le jactant peut alors être considéré comme étant tellement sorti de sa réserve que le jacté a un intérêt légitime à l'exercice de l'action de jactance avec tous les inconvénients qu'elle comporte pour son adversaire. D'autrefois, par contre, les jactances ne sauraient justifier la recevabilité des actions provocatoires, non pas parce que la victime n'a pas un intérêt digne de protection, mais parce que cet intérêt ne peut pas aller jusqu'à contraindre le jactant à jouer le rôle de demandeur et à perdre le bénéfice de ses juges naturels. Ce sont les cas par exemple autres que ceux prévus par la jurisprudence, mais qui ne sont pas moins propres à constituer une menace pour la partie intéressée, à la troubler dans sa sécurité et même à la paralyser dans le libre exercice de son droit. Dans ces cas, disons-nous, la recevabilité des actions provocatoires doit être refusée sous peine de sacrifier les intérêts de la personne qui se jacte. Mais ce serait aussi, ne l'oublions pas, sacrifier les intérêts du jacté si on ne lui donnait pas les moyens de se prémunir contre des agissements susceptibles de lui causer les troubles que nous avons déjà signalés. Aussi affirmons-nous que le jacté a un intérêt légitime, né et actuel, à mettre fin à ces jactances par une action dans laquelle, en jouant le rôle de demandeur, il peut demander au juge de décider que le droit contesté existe ou que le droit prétendu n'existe pas. Cette action préventive, quelle

est-elle ? Elle n'est autre qu'une action en reconnaissance de droit, dite action déclaratoire.

SECTION 3

Les actions déclaratoires

On entend par actions déclaratoires les actions tendant non pas à la réalisation d'un droit, mais seulement à la déclaration de l'existence ou de l'inexistence de ce droit (1). Elles ont pour objet de rendre certaine une situation juridique douteuse par l'obtention d'une décision judiciaire ayant l'autorité de la chose jugée, mais ne comportant pas d'exécution forcée. C'est justement cette absence de sanction cœrcitive qui caractérise et distingue les actions déclaratoires des autres actions qu'on pourrait qualifier d'exécutoires. Dans celles-ci, en effet, la déclaration n'est qu'un moyen pour rendre la sentence exécutoire, tandis que dans celles-là la déclaration constitue le but final (2).

L'effet essentiel de l'action déclaratoire consiste dans la certitude juridique qu'elle établit. A côté de cet effet principal, d'autres effets secondaires peuvent s'ajouter (3). D'abord, si l'action déclaratoire ne donne lieu qu'à une décision simplement déclaratoire, elle peut néanmoins servir de base à une décision exécutoire. Il en sera ainsi toutes les fois que la partie qui succombe se refusera à exécuter le jugement déclaratoire rendu contre elle. L'action déclaratoire a encore pour effet d'accroître l'importance sociale du droit par la certitude qu'elle lui confère et qui, étant déduite par la voie judiciaire, s'impose à tous. Enfin, la décision déclaratoire peut être une condition nécessaire à l'accomplis-

(1) Cf. G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. 1, p. 191.

(2) Cf. M. Maynard, *Le jugement déclaratoire*, thèse, Lyon, 1922. D'après cet auteur, les autres caractères de l'action déclaratoire sont les suivants. D'abord, l'absence de *litige* au sens agressif, ce litige étant remplacé par une *controverse*. Ensuite, l'existence d'une véritable *instance*, la controverse supposant un demandeur et un défendeur.

(3) Cf. G. Chiovenda, *op. cit.*, p. 205.

sement de certains actes tels que l'inscription ou la radiation d'une hypothèque, ou encore la destruction de faux documents.

Les cas d'exercice de l'action déclaratoire peuvent être très nombreux (1). Cette action peut s'exercer, en effet, dans tous les cas où le demandeur a un intérêt légitime. Or l'intérêt invoqué ici est un intérêt de certitude et de sécurité juridique. Les actes ou faits susceptibles d'engendrer un tel intérêt peuvent être très variés. Ainsi, le besoin de certitude juridique peut résulter de l'ambiguïté d'une clause contractuelle ou d'une disposition testamentaire. Dans ce cas, la partie intéressée a intérêt à exercer une action déclaratoire dans laquelle elle demande au juge une interprétation lui servant de règle pour sa conduite à l'avenir.

Quelquefois l'incertitude peut ne pas concerner le droit lui-même, mais la personne à laquelle il appartient. Tel est le cas, par exemple, lorsque deux personnes prétendent au payement d'une même créance. Le débiteur doit alors savoir au préalable, pour s'acquitter valablement, quel est le vrai créancier (2).

L'intérêt à exercer l'action déclaratoire peut résulter aussi de la simple incertitude sur l'inexistence d'un rapport juridique ou de l'état d'une personne. D'un tel rapport ou d'un tel état il peut dériver en effet des obligations et des devoirs. On conçoit qu'on ait alors intérêt à établir la situation par un jugement déclaratoire.

Les actions déclaratoires peuvent encore être exercées, à cause de leurs caractères particuliers, dans les hypothèses où les actions exécutoires ne sauraient être intentées. Tels sont les cas, par exemple, lorsqu'il s'agit de l'interprétation d'un contrat administratif ou d'un recours pour excès de pouvoir. En Amérique, elles sont même exercées en vue d'assurer la constitutionnalité des lois.

---

(1) Cf. G. Chiovenda, *op. cit.*, p. 207 et suiv.
(2) Ainsi, l'action déclaratoire peut se substituer à l'intervention en justice.

Enfin, l'incertitude donnant lieu à l'intérêt nécessaire pour agir peut résulter de certaines prétentions ou jactances d'une personne à notre égard. De telles prétentions sont, en effet, susceptibles de nous nuire. Elles diminuent notre crédit et entravent notre liberté de conduite et de détermination.

L'action déclaratoire peut d'ailleurs, dans tous les cas, être substituée avantageusement aux actions provocatoires. De toutes les actions, c'est celle qui concilie le mieux les intérêts des parties en présence. Son caractère déclaratoire fait que le défendeur peut se réserver pour l'avenir et empêcher à ce moment, s'il le peut, qu'un jugement exécutoire soit rendu contre lui. D'autre part, cette action n'a pas à l'égard du défendeur les effets défavorables des actions provocatoires. Elle ne le prive pas de ses juges naturels ; elle ne fait pas peser sur lui non plus la charge de la preuve.

Quant au demandeur, il n'aura pas à attendre que les jactances soient manifestées par des significations et déclarations en justice.

En somme, les actions déclaratoires sont très souples. Il suffit d'un simple intérêt pour justifier de leur exercice. Elles sont ainsi d'une utilité sociale incontestable. En vain a-t-on prétendu que, ouvrant un procès pour chaque situation douteuse ou incertaine, elles tendaient à l'encombrement des tribunaux et à des abus multiples. En réalité, elles ne tendent pas du tout à multiplier les procès, mais plutôt à éviter les vrais litiges. En éclairant les intéressés à l'avance, elles les préviennent contre des actes illégitimes et gros de conséquences, des actes qui pourraient donner lieu à un véritable procès dans chaque cas.

Les actions déclaratoires sont très connues en Allemagne et en Italie. Elles sont d'un usage très fréquent aussi en Angleterre et en Amérique. On rapporte que le député américain chargé de défendre la proposition de loi relative aux actions déclaratoires s'était ainsi exprimé : " Alors que d'après la loi actuelle vous devez d'abord marcher dans

l'obscurité et ensuite faire la lumière pour voir si vous n'êtes pas tombé dans un trou, d'après la loi proposée vous faites d'abord la lumière et ensuite vous marchez" (1). Ce plaidoyer fait ressortir toute l'utilité préventive de l'action déclaratoire.

Enfin, au congrès international de droit comparé, tenu à La Haye en août 1932, la résolution suivante avait été adoptée : " Le jugement purement déclaratoire est une forme de procédure qui ne contredit point le caractère essentiel et le but du pouvoir judiclaire, parce qu'en déclarant l'existence ou l'inexistence du droit sur des questions concrètes, il oblige pour le futur les parties par la force de la chose jugée. Cette procédure est au contraire la forme la plus élevée et délicate d'exercice du pouvoir judiciaire et elle doit être considérée comme très utile aux ligitants et à la vie sociale, car elle assure le développement des rapports juridiques, elle prévient les actes illégitimes au lieu de les frapper de lourdes responsabilités, elle donne aux parties une forme pour leur conduite à venir. Cette procédure doit etre contenue naturellement par la sagesse discrétionnaire du juge dans les bornes déterminées par un intérêt réel et sérieux à la déclaration actuelle du droit" (2).

Qu'en est-il, en France, des actions déclaratoires ? Il semblerait de prime abord que ces actions soient contraires aux principes de notre droit. Les art. 146 et 546 du Code de procédure civile disposent, en effet, que tous les jugements doivent se terminer par la formule exécutoire. Il n'y aurait donc pas place, dans notre droit, pour un jugement purement déclaratoire. Cependant, comme le constate fort bien M. Maynard, " si le caractère exécutoire est de la nature des jugements français, il n'est pas de leur essence et il en est même chez qui le contenu déclaratoire domine " (3). Il en est ainsi, en effet, dans les actions en reconnaissance ou

(1) Rapporté par G. Chiovenda, *op. cit.*, p. 209.
(2) Cf. *Bulletin de la société de législation comparée*, 1932, p. 401.
(3) Maynard, *op. cit*, p. 117.

en vérification d'écriture, dans les actions en réclamation ou en contestation d'état. Les jugements déclarant un décès ou une absence sont aussi déclaratoires. De même pour les actions en bornage, les actions préventives en nullité, les actions confessoires et négatoires de servitude.

Mais c'est surtout en droit administratif qu'on trouve, en France, les véritables actions déclaratoires. Ainsi, le recours pour excès de pouvoir en a tous les caractères. Il suffit d'un simple intérêt pour l'exercer ; il a à sa base une controverse et non un litige ; enfin, le jugement auquel il donne lieu ne comporte pas de condamnation. Quant au contentieux de l'interprétation, il présente les mêmes caractères que le recours pour excès de pouvoir. Lorsqu'il est intenté par voie principale, il sert à éviter un litige par la solution préalable d'une controverse sur tel ou tel contrat administratif.

De tout ce qui précède on peut conclure que l'esprit du Droit français n'est pas hostile aux actions déclaratoires. Il connaît ces actions dans une certaine mesure. La jurisprudence elle-même les approuve, d'une façon générale, dans son arrêt du 1er avril 1930 (1). Enfin, les actions déclaratoires sont, de longue date, pleinement reconnues en Alsace-Lorraine (2).

Il faut avouer cependant que les art. 146 et 546 du C. de procédure peuvent paraître un obstacle à la recevabilité de ces actions. C'est pourquoi, jusqu'à son arrêt du 1er avril 1930, la jurisprudence s'est montrée hésitante et timide à tirer les conséquences qui s'imposent d'après les principes généraux du droit d'action. Ces conséquences militent pour une généralisation des actions déclaratoires. Il serait heureux que le législateur s'y prêtât en introduisant dans l'art. 546 une restriction à l'art. 146 qui impose indistinctement à tous

(1) D. H. 1930, 372 ; voy aussi la conclusion du chap. 3

(2) Cf. Mulheisen, *Les jugements déclaratoires en Alsace-Lorraine*, Revue trimestrielle de droit civil, 1934, p 781.

les jugements la formule exécutoire. " Une telle généralisation constitue moins une conquête nouvelle que l'annexion officielle à notre domaine juridique d'une province qui lui est déjà rattachée en fait " (1).

SECTION 4

L'inscription de faux principal

L'inscription de faux principal est une procédure destinée à détruire la foi due à un acte, authentique ou sous seing privé. Une pièce a été altérée, par exemple, par des additions ou des ratures, ou bien on y a constaté comme vrais des faits faux. L'intéressé agira en vue d'établir la vérité des choses. Comme il s'agit d'une affaire intéressant l'ordre public, le législateur l'a soumise à une procédure très particulière.

Cette procédure se déroule en trois phases. Le demandeur en faux doit d'abord mettre son adversaire en demeure, puis s'inscrire en faux au greffe du tribunal. Celui-ci rend alors un jugement dans lequel il admet ou refuse l'inscription. Dans une deuxième phase, le défenseur doit déposer au greffe la pièce arguée de faux. Le demandeur signifiera ensuite au défendeur ses moyens. Enfin, dans une troisième phase, les moyens du demandeur étant admis, le tribunal rend un dernier jugement dans lequel il admet ou rejette définitivement la fausseté de l'acte.

Notre Code de procédure n'a prévu l'inscription de faux que sous la forme d'une action incidente. Il suppose qu'au cours d'un procès une partie veut faire reconnaître comme fausse une pièce signifiée ou produite devant le tribunal. Elle soulève alors la question en formant une demande incidente, faite par acte d'avoué à avoué.

---

(1) Maynard, *op. cit*, p. 121.

Il semble ainsi que seul en matière criminelle il y ait place pour un faux principal. En matière civile, l'inscription de faux serait toujours incidente. Pourtant une telle conception n'est pas conforme aux principes généraux que nous avons posés au chapitre précédent. Il suffit en effet de supposer qu'une partie ait intérêt à établir, en dehors de tout procès déjà entamé, la fausseté d'une pièce pour éviter qu'on l'utilise contre elle plus tard. C'est là une action principale civile en inscription et déclaration de faux, exercée à titre préventif par une demande introductive d'instance.

Une grande partie de la doctrine admet aujourd'hui la recevabilité de l'action principale en faux civil (1). Malheureusement la jurisprudence est intransigeante et refuse d'admettre une telle action (2). Les arguments sur lesquels elle s'appuie sont cependant fort contestables (3). Ainsi elle se fonde sur ce que le titre du Code de procédure relatif au faux est intitulé : *Du faux incident civil*. Mais il résulterait des travaux préparatoires de la loi que le législateur n'a nullement songé à la question dont il s'agit, et n'a pas voulu la trancher en adoptant cette rubrique. Il se serait borné à emprunter une expression à notre ancienne procédure où le faux civil était dit *incident* parce qu'il fallait agir au criminel lorsqu'on voulait en faire l'objet d'une action principale.

En effet, jusqu'en 1737 on ne comprenait pas en France qu'il pût y avoir faux sans crime. Tout faux supposant un crime, celui qui voulait attaquer un acte entaché de faux devait s'adresser à la justice répressive. Ce ne fut qu'en 1737, par une ordonnance de d'Aguesseau, qu'on dégagea la procédure du faux civil de celle de faux criminel. Cependant, le

(1) Cf Glasson, Tissier et Morel, *Traité*, t 2, p 724 ; Garsonnet et Cézar-Bru *Traité*. t. 2. p. 463 D'autre part, le projet de réforme de 1894 organise la procédure du faux civil principal.

(2) Voy Req. 27 nov. 1922, D. P. 1924. 1. 190 ; Toulouse, 16 juin 1887, D. P. 1888 2 61.

(3) Cf Glasson, Tissier et Morel, *Op. cit loc. cit.* ; voyez aussi la note de Glasson sous l'arrêt de la Cour de Toulouse précité.

législateur de 1737 ne parvint pas à se dépouiller complètement des anciennes traditions et la procédure civile en faux conserva quelques traces de la procédure criminelle. C'est ainsi qu'on maintint la procédure de l'inscription et la consignation d'une amende. Comme d'autre part les particuliers avaient dans notre ancien droit le choix entre l'action publique et l'action privée, on n'admit l'action civile en faux que sous forme d'incident. Celui qui voulait se pourvoir en faux par action principale devait recourir à l'action publique devant la justice criminelle.

Aujourd'hui, par contre, l'action publique est réservée au ministère public. En cas de crime de faux, un particulier ne peut que déposer une plainte ou se porter partie civile. Les rédacteurs du Code civil et du Code de procédure n'ont pas tenu compte de ces changements qui se sont produits dans les institutions et ont conservé l'ancienne terminologie. De là des confusions. Le Code civil (art. 1319) appelle faux principal la plainte ou l'action civile formée par un particulier devant la justice répressive, et faux incident la procédure de faux devant les tribunaux civils. En réalité, la plainte en faux et l'action civile ne sont que des incidents de l'action publique en faux principal qui, aujourd'hui, ne peut être intentée que par le ministère public.

Ajoutons d'autre part qu'il serait faux de penser que l'inscription de faux principal est inutile au civil parce qu'on a la ressource de se porter partie civile au criminel. Ce moyen est en effet insuffisant et peut faire défaut dans un grand nombre de cas ; il suffit de supposer que l'action publique est prescrite, ou bien qu'on se trouve en présence d'un faux commis sans intention criminelle ou dont l'auteur coupable est décédé.

Enfin, on invoque contre l'inscription en faux civil principal l'art. 214 C. proc. civ. qui supposerait nécessairement que la procédure du faux s'entame sous forme d'incident. Mais, de ce que le législateur n'a parlé que du faux incident

a entendu écarter le faux civil principal. Au titre de la vérification d'écriture, le législateur suppose toujours que cette mesure d''instruction fait l'objet d'une demande principale et introductive d'instance ; personne n'a jamais proposé de conclure de là que la vérification d'écriture incidente fût interdite. De même, en sens inverse et en matière de faux, de ce que la loi ne songe qu'au faux civil incident il n'est pas permis de déduire que le faux civil principal soit défendu.

Dans le silence de la loi, il vaut mieux s'arrêter à la règle générale qui accorde une action en justice dès qu'un intérêt légitime est en jeu. Or, personne ne contestera qu'on peut avoir un intérêt actuel à faire déclarer une pièce fausse malgré l'absence de tout procès engagé. Il serait même imprudent d'attendre, car les preuves du faux peuvent disparaître. C'est justement ce motif qui a déterminé le législateur à permettre la demande en vérification d'écriture principale. D'un autre côté, on sait que la jurisprudence tend à admettre aujourd'hui les enquêtes et les expertises à futur comme fondées sur un intérêt légitime, bien que l'opinion contraire compte encore certains partisans. Refuser le faux cicil principal c'est donc une véritable contradiction. Aussi comprend-on que la plupart des auteurs modernes se prononcent-ils en faveur de l'admission de l'action en faux cicil principal.

SECTION 5

Les enquêtes et les expertises à futur

Nons avons déjà vu, dans notre chapitre consacré au droit positif, que la jurisprudence et la doctrine admettaient dans une certaine mesure les enquêtes et les expertises à futur. En principe, avions-nous dit, la jurisprudence y est hostile,

mais en fait elle ne peut pas ne pas les admettre dans certains cas. Les enquêtes et les expertises à futur correspondent souvent, en effet, à un intérêt très légitime et impérieux.

Le problème des enquêtes et des expertises à futur se pose ici à peu près de la même manière que pour l'inscription de faux principal. Peut-on, par voie principale, demander au juge d'ordonner une enquête ou une expertise ? Une telle action, ayant pour objet unique une mesure d'instruction à futur, est-elle compatible avec les principes de notre droit ?

Répondant par la négative, certains auteurs invoquent le silence de nos Codes (1). Le Code de procédure n'a prévu les enquêtes et les expertises que sous une forme incidente ; il aurait ainsi maintenu les dispositions de l'ordonnance de 1667 qui les interdisaient par voie principale.

Cet argument n'est pourtant pas solide. En effet, le Code de procédure, loin de maintenir les dispositions de l'Ordonnance de 1667, les abroge dans son article 1041. D'autre part, de ce que le législateur n'a prévu les enquêtes et les expertises que sous une forme incidente il ne s'ensuit pas qu'il ait interdit les enquêtes et les expertises par voie principale. La vérification d'écriture est prévue par nos Codes sous une forme principale. Personne ne conteste pourtant qu'elle existe aussi sous une forme incidente. Pourquoi en serait-il autrement pour les enquêtes et les expertises ?

Les auteurs hostiles aux enquêtes et aux expertises à futur invoquent encore les abus auxquels elles donneraient lieu. Ainsi, ces modes d'instruction à futur permettraient d'éluder la prohibition de la preuve testimoniale ; ils iraient en outre

(1) Cf Chauveau sur Carré, *Lois de la procédure*, t. 2, qu. 992 et tit. 3, qu. 1157 bis ; Rousseau et Laisney, *Dictionnaire de procédure*, t. 4, v. *enquête*, n° 37 ; Devilleneuve, *note au* S 1845. 2. 625 ; Valabrègue, *De l'enquête et de l'expertise infuturum*, Rev. critique, 1888, p. 486 et suiv.

à l'encontre des intérêts de la partie adverse qui ne saurait pas à l'avance, pour s'en prémunir, les véritables intentions de son adversaire.

A cet argument on peut encore répondre victorieusement. En effet, les abus dont on fait grief ne sont plus à craindre de nos jours. Au lieu de lettres de chancellerie, qui étaient accordées avec la plus déplorable facilité, il faudra aujourd'hui un jugement qui autorise l'enquête en pleine connaissance de cause. Le juge aura un pouvoir souverain d'appréciation. Il devra concilier les intérêts des parties en présence. Pour cela il n'accordera l'enquête à futur que si la situation fait craindre d'une façon sérieuse un litige ; il vérifiera ensuite si la preuve testimoniale est admise. Enfin, l'enquête ainsi ordonnée se fera suivant les formes habituelles. Elle sera contradictoire et l'adversaire éventuel sera appelé à y assister. Non seulement il pourra interroger les témoins produits par son adversaire, mais encore il aura la faculté de procéder lui-même à une enquête. C'est à tort, en effet, qu'on croit que les faits sur lesquels porte l'enquête à futur ne sauraient pas être pertinents. Ils le sont, en vérité, puisque le demandeur sait dans quel but il agit et doit, en outre, établir la nécessité et l'urgence de la mesure qu'il sollicite.

Ajoutons, enfin, que la conservation de la preuve en vue d'un litige futur rentre dans la juridiction. Du moment qu'on a un intérêt légitime, que la satisfaction de cet intérêt ne sacrifie pas injustement l'intérêt de l'autre partie, l'action ayant pour objet une enquête ou une expertise à futur se justifie pleinement.

Ainsi, non seulement l'enquête et l'expertise à futur ne sont pas interdites par nos Codes, non seulement elles peuvent être contenues dans une limite favorable à chaque adversaire, mais encore elles sont compatibles avec les principes généraux que nous avons établis au chapitre troisième. Ces arguments font que la majorité des auteurs modernes

sont pour les enquêtes et les expertises à futur (1). La jurisprudence elle-même, malgré une certaine répréhension a dû les admettre dans certains cas (2).

(1) Cf. Garsonnet et Cézar-Bru, *Traité*, t. 2 n° 326 ; Glasson, Tissier et Morel, *Traité*, t. 1. n° 179 ; Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, p. 524-525.

(2) Voir *supra*, chap. 2, section 2, § 4.

CONCLUSION

La solution que nous avons donnée au problème posé par les actions préventives nous paraît suffisamment justifiée. Ces actions existent bien dans notre droit. Du fait que le législateur ne les a pas prévues dans des dispositions générales, il n'est pas permis de conclure qu'elles sont exceptionnelles. Comme nous l'avons vu, le principe d'une justice préventive n'est pas moins naturel ni moins formel que celui d'une justice répressive. Les actions préventives, au même titre que les actions ordinaires, correspondent aux principes généraux de notre droit. En l'absence de règles précises sur les actions, le juge jouit aujourd'hui d'une latitude plus grande qu'autrefois. Il peut et doit admettre toute demande formulée en vertu d'un intérêt légitime. L'intérêt est, en effet, la mesure des actions. Cette condition pour agir en justice est nécessaire, mais elle est aussi suffisante. Si notre législateur ne l'a pas consacrée expressément dans notre Code de procédure civile, c'est qu'il l'a considérée comme coutumière.

A l'étranger, par contre, nombreuses sont les législations qui consacrent expressément la règle d'un intérêt nécessaire pour agir. Le Code de procédure civile italien, par exemple, formule cette condition dans son article 36. Le Code de procédure civile allemand, art. 256, dispose également que le demandeur peut agir en justice toutes les fois qu'il a un intérêt juridique à obtenir une décision judiciaire. Dans ces législations, le principe d'une justice préventive n'a rien d'exceptionnel. C'est pourquoi la recevabilité des actions préventives y est moins discutée qu'en France.

Le Droit italien admet, en effet, certaines actions pour lesquelles, chez nous, on soulève des difficultés. Ainsi,

à côté de l'*azione di danno temuto* (1), action préventive pouvant être exercée dans tous les cas où on craint un dommage ou un préjudice éventuel, le Code de proédure civile italien consacre encore les enquêtes et les expertises à futur (2) ainsi que l'inscription de faux principal (3). Enfin, il est unanimement admis par la doctrine italienne (4) que les actions déclaratoires sont d'un usage commun en Italie où elles remplacent les actions provocatoires et servent à obtenir la déclaration judiciaire de l'existence ou de l'inexistence d'un droit.

Le Droit allemand, lui aussi, admet largement les actions préventives. L'art. 256 du Code de procédure civile allemand peut être considéré comme une disposition générale à cet égard. En même temps qu'il consacre la condition nécessaire pour agir, il dispose dans quel but on peut agir. On peut agir, dit cet article : 1° pour la reconnaissance ou la vérification d'un titre ; 2° pour la déclaration de l'existence ou de l'inexistence d'un rapport juridique. Il consacre ainsi, d'une façon expresse, les actions déclaratoires et, partant, toutes sortes d'actions préventives. L'action interrogatoire (5) du Droit allemand, de même que ses prétendues actions provocatoires (6), n'ont d'autre fondement que cet article.

Cependant, l'absence de règles générales du Droit français, en ce qui concerne les actions en justice, n'est pas aussi regrettable qu'on pourrait le croire à première vue. Sans doute, des règles plus précises à cet égard auraient pu éviter des controverses inutiles. Mais nous avons vu que nos rédacteurs ont considéré les principes qui régissent les actions comme constituant des notions doctrinales plutôt

(1) Art. 699 C. civ. italien.
(2) Art. 251 C. proc. civ. italien.
(3) Art. 296 C. proc. civ. italien.
(4) Cf. Chiovenda, *Istituzione*, vol 1,. p. 200, N° 62
(5) Art. 108 C- Civ. allemand. Voir aussi *supra*, chap. 4, sect. 1, *in fine*.
(6) Ce sont en réalité des actions déclaratoires. Cf. Chiovenda, *op. cit.*, p. 196, N° 61.

que des prescriptions législatives. C'est pourquoi ils ne les ont pas consacrés dans nos Codes. Certains de ces principes peuvent aussi être considérés comme coutumiers. Nos rédacteurs ont alors entendu laisser aux tribunaux et à la doctrine le soin de les appliquer.

Nos rédacteurs ont voulu, en particulier, que la doctrine et la jurisprudence dégagent et interprètent la notion d'intérêt nécessaire pour agir. La jurisprudence, quant à elle, désireuse depuis 1809 que cette notion fut consacrée par un texte, n'a jamais cessé de l'exiger à la base de toute action. Or, c'est dans une interprétation large de la notion d'intérêt né et actuel que les actions préventives trouvent leur justification, et cette interprétation semble bien être aujourd'hui celle de la jurispudence. L'arrêt déjà cité de la Cour d'appel de Montpellier, en date du 1er avril 1930, dispose, en effet, que la notion d'intérêt né et actuel " ne saurait être appliquée dans un sens restrictif ". Et il donne comme exemple qu'il n'est pas nécessaire d'attendre la réalisation d'une menace ou d'un préjudice pour que l'action repose sur un tel intérêt.

Cet arrêt de la Cour d'appel de Montpellier est donc très favorable aux actions préventives. Dans sa première partie il déclare d'ailleurs que la personne dont le droit est menacé ou contesté peut, à défaut de reconnaissance volontaire, agir en reconnaissance judiciaire de ce droit, en vue de l'avenir. Il consacre ainsi les actions déclaratoires et semble résoudre le problème des actions préventives dans le sens où nous l'avons envisagé.

On voit que la jurisprudence est capable de suppléer au silence de la loi. Ce silence n'est donc pas bien regrettable. Ce qui est regrettable, par contre, c'est la tendance de la doctrine qui, éprouvant pour la procédure civile une sorte d'aversion, a négligé pendant longtemps l'étude de cette matière. On peut cependant constater avec plaisir, depuis quelque temps, un renouveau de la procédure grâce aux auteurs

de droit public et à la théorie moderne de l'action en justice. Une notion plus nette de l'intérêt nécessaire pour agir est en train de se dégager ainsi. L'effort de cette doctrine, joint à celui de la jurisprudence, ne manquera pas de parer efficacement au silence de la loi.

Vu : le président du jury

Aix, le 19 février 1945.

P. JAUFFRET

Vu : le professeur faisant fonction de doyen

Aix, le 20 février 1945

A. DUMAS

Vu et permis d'imprimer

Aix, le 22 février 1945.

le recteur,

E. GAU

Bibliographie

OUVRAGES GENERAUX

APPLETON CH. — *De la possession et des actions possessoires*, Paris et Dijon, 1871.

AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, (5ème éd.), Paris, 1897-1922, t. VI et XII.

BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE — *Traité théorique et pratique de droit civil*, (3ème éd.), Paris, 1908, t. IV.

BLONDEAU. — *Traité de la séparation des patrimoines*, Paris, 1840.

BONFANTE P. — *Corso di diritto romano*, Roma, 1925, vol. II.

BONJEAN L.B. — *Traité des actions, ou exposition historique de l'organisation judiciaire et de la procédure civile chez les Romains*, (2ème éd.), Paris, 1841-1845.

BONNARD R. — *Précis de droit administratif*, (3ème éd.), Paris, 1940.

BOUTILLIER J. — *Somme rurale*, Paris, 1603.

CHIOVENDA G. — *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1933, vol. 1.

COLIN et CAPITANT. — *Cours élémentaire de droit civil français.*

COLIN, CAPITANT et DE LA MARONDIERE. — *Cours élémentaire de droit civil français*, (10 ème éd.), Paris, 1942. t 1.

CUCHE P. — *Précis de procédure civile*, Dalloz.

CUQ ED. — *Les institutions juridiques des Romains*, Paris, 1891-1902.

DEMOGUE R. — *Traité des obligations en général*, Paris, 1923-1933, t.v.

— *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911.

DOMAT. — *Les lois civiles*, Paris, 1766.

DUGUIT L. — *Traité de droit constitutionnel*, (3ème éd.), Paris, 1927. t. I et II.

FREMY-LIGNEVILLE. — *Traité de la législation des bâtiments*, (2ème éd.), Paris, 1881, t. II.

GARSONNET et CEZAR-BRU. — *Traité théorique et pratique de procédure civile*, (3ème éd.), Paris, 1912-1925.

GIGNOUX CH. — *Les actions préventives (1)*, Paris, 1935.

GLASSON E. — *Précis théorique et pratique de procédure civile*, Paris, 1902, avec le concours, au point de vue pratique, de P. Colmet Daâge.

GLASSON, TISSIER et MOREL. — *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, (3ème éd), Paris, 1925.

HENRION de PANSEY. — *De la compétence des juges de paix*, Paris, 1831.

JAPIOT R. — *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, Paris, 1916.

LABORDE-LACOSTE. — *Précis élémentaire de procédure, civile*, (2ème éd.), Paris, 1939.

MAZEAUD H. et MAZEAUD L. — *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, Paris, 1931, t. I.

MOREL R. — *Traité élémentaire de procédure civile*, Paris, 1932.

MORTARA L. — *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, vol. II, (2ème éd.).

PAPON J. — *Recueils d'arrêts notables*, Pont-à-Mousson, 1608.

(1). Cet ouvrage, aujourd'hui épuisé, ne se trouve pas dans les bibliothèques des Facultés de Droit. Nous avons pu le consulter, notre thèse une fois sur le point d'être achevée.

PLANIOL et RIPERT. — *Traité pratique de droit civil français*, Paris, 1925-1930, t. VI, avec le concours de P. Esmein.

PLANIOL M. — *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1942, édition nouvelle refondue par G. Ripert avec le concours de Jean Boulanger, t. II.

SOURDAT A. — *Traité général de la responsabilité*, (4 ème éd.), Paris, 1887, t. II.

VAN WETTER P. — *Pandectes*, Paris, 1909, t. II.

VIZIOZ H. — *Observations sur l'étude de la procédure civile*, Paris, 1931.

THESES

GERMER-DURAND G. — *Les enquêtes à futur*, thèse, Paris, 1907.

HARTEMANN E. — *Etude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables*, thèse, Nancy, 1889.

JAPIOT R. — *Des nullités en matière d'actes juridiques*, thèse, Dijon, 1909.

MAYNARD M. — *Le jugement déclaratoire*, thèse, Lyon, 1922.

PIZE J. — *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes*, thèse, Lyon, 1897.

REVUES

Revue trimestrielle de droit civil :

— 1914, p. 673 ; R. JAPIOT, *La jurisprudence française en matière de procédure civile.* (Actions exercées à titre préventif, p. 676)

— 1915, p. 419 ; R. JAPIOT, *Les actions et demandes en justice.* (intérêt né et actuel, p. 431).

1923, p. 347 ; M. CHERON, *Le projet d'introduction des lois françaises de procédure civile en Alsace et Lorraine.* (L'action déclaratoire, p. 358).

— 1934, p. 773 ; P. LEPAULLE, *Le droit français connaît-il des actions en vue d'établir un droit ?*

— 1934, p. 781 ; G. Mulheisen, *Les jugements déclaratoires en Alsace et Lorraine.*

Revue critique de législation et de jurisprudence :

1885, p. 493 ; E. Lederlin, *Notice sur le Code de procédure civile pour l'Empire d'Allemagne*, Cf. en particulier p. 517 et 533.

— 1888, p. 13 ; Valabregue, *De la loi Diffamari, ou de l'action de jactance en droit romain et en droit français.*

— 1888, p. 486 : E. Valabregue, *De l'enquête et de l'expertise in futurum.*

Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Etranger :

— 1942, p. 93 ; Ch. Chaumont, *Esquisse d'une notion de l'acte juridictionnel.*

Bulletin de la société de législation comparée :

— 1874, p. 185 ; Lederlin, *Etude sur le projet de Code de procédure civile allemand.* (Actions provocatoires, p. 211).

— 1932, p. 221 ; E. H. Kaden, *Le Reichsgericht et le droit civil français.* (L'action en cessation et l'art. 1382, p. 230).

— 1932, p. 401 ; *Résolution sur les actions déclaratoires adoptée par le congrés international de droit comparé.*

Journal des avoués, 1849, art N° 642, par Chauveau.

Revue étrangère et française de législation, de jurisprudence et d'économie politique, 7e année (1840), art. par Gasconde, p. 542.

Table des Matières

Pages

INTRODUCTION 7

CHAPITRE PREMIER

Historique des Actions Préventives

SECTION I. — LE DROIT ROMAIN..... 11

§ I. — L'Ancien Droit et le Droit Classique..... 12

1. L'action *aquae pluviae arcendae*..... 12

2. La *legis actio damni infecti*..... 13

3. La *cautio damni infecti*..... 14

4. La *novi operis nuntiatio*..... 15

5. Les actions *confessoria et negatoria*..... 17

§ 2. — Le Droit Impérial..... 19

1. L'*actio ex lege Diffamari*..... 19

2. L'*actio ex lege Pupillus*..... 21

3. L'*actio ex lege Ob commissa*..... 23

4. Les lois 40, 9, 2 et 3, 37, 10 au Digeste..... 24

SECTION 2. — L'ANCIEN DROIT FRANCAIS 24

1. La dénonciation de nouvel œuvre..... 25

2. L'action *damni infecti*..... 27

3. L'action de jactance 28

4. Les enquêtes et expertises à futur 31

CONCLUSION..... 34

CHAPITRE II

Les Actions Préventives en Droit Positif Français

SECTION I. — ACTIONS EN VUE DE PREVENIR LA VIOLATION D'UN DROIT..... 35

§ 1. — La dénonciation de nouvel œuvre..... 36

§ 2. — L'action *damni infecti* 41

§ 3. — Les actions préventives en nullité..... 45

§ 4 De l'intervention en justice 49

Pages

SECTION 2. — ACTIONS EN VUE DE PREVENIR LE DEPERISSEMENT DES PREUVES 53

§ 1. — L'action préventive en désaveu 53
§ 2. — L'action en vérification d'écritures privées 56
§ 3. — L'action de l'art. 2263 C. civ 58
§ 4. — Les enquêtes et expertises à futur 59

CONCLUSION 60

CHAPITRE III

Le Problème des Actions Préventives devant la Théorie Générale de L'Action en Justice

SECTION I. — NATURE ET FONDEMENT DE L'ACTION EN JUSTICE 63

§ 1. — L'EcoleClassique 63
§ 2. — L'Ecole Dissidente 66
§ 3. — Solution du Problème 68

SECTION 2. — CONDITIONS DE L'ACTION EN JUSTICE 71

§ 1. — Distinctions Préalables 72
§ 2. — De l'Intérêt 77

CONCLUSION 91

CHAPITRE IV

Limite des Actions Préventives

SECTION I. — LES ACTIONS INTERROGATOIRES .. 95
SECTION 2. — LES ACTIONS PROVOCATOIRES. 98
SECTION 3. — LES ACTIONS DECLARATOIRES. 103
SECTION 4. — L'INSCRIPTION DE FAUX PRINCIPAL 108
SECTION 5. — LES ENQUETES ET EXPERTISES A FUTUR 111
CONCLUSION GENERALE 115
BIBLIOGRAPHIE 119

ERRATA

Page 10, ligne 18, au lieu de *des* nombreux textes. lire *: de* nombreux textes.

Page 26, ligne 6, au lieu de vite *avee*, lire : vite *avec*.

Page 29, ligne 8, fermer les guillemets après le mot *équité* ; ligne 27, ouvrir les guillemets après les mots *impartialement que*...

Page 30, ligne 13, au lieu de *quelcouque*, lire *quelconque*.

Page 32, 1ère ligne, ou lieu de *cien droit*, lire l'*ancien droit*.

Page 35, section 1, au lieu de *violence* d'un droit, lire : *violation* d'un droit.

Page 40, ligne 21, au lieu de *la* méconnaître, lire : *le* méconnaître.

Page 47, ligne 3, au lieu de *an* substantiam, lire *ad* substantiam.

Page 53, ligne 15, au lieu de *essentietlement*, lire : *essentiellement*.

Page 53, ligne 20, au lieu de père et mère *inconnue*, lire : père et mère *inconnus*.

Page 60, note 2, ligne 2, au lieu de *coucurremment*, lire : *concurremment*.

Page 84, ligne 21, mettre *deux points* à la fin de la phrase.

Page 95, ligne 2, ouvrir les guillemets après les mots *ayant pour objet*.

Page 96, ligne 13, enlever la *deuxième* virgule.

Page 97, note 2, ligne 3, au lieu de *subséquente*, lire : *subséquent*.

Page 106, ligne 9, au lieu de *judiclaire*, lire ; *judiciaire*.

Page 106, ligne 14, au lieu de *ligitants*, lire : *litigants*.

Page 110, ajouter à la dernière ligne la ligne suivante : *qui est le plus fréquent,il n'est pas permis de conclure qu'il* ..

Page 114, ligne 3, mettre une virgule après le mot *répréhension*.

Page 117, ligne 14, au lieu de *jurispudence*, lire ; *jurisprudence*.